

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Devoir d'auteur

Colin, Caroline

*Published in:*

Revue internationale du droit d'auteur

*Publication date:*

2010

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Colin, C 2010, 'Devoir d'auteur', *Revue internationale du droit d'auteur*, Numéro 224, p. 161-249.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

THE AUTHOR'S DUTY<sup>1</sup>DEBER DE AUTOR<sup>1</sup>DEVOIR D'AUTEUR<sup>1</sup>

**Caroline COLIN**

Doctor of Laws,  
Senior Researcher, IT and Law  
Research Centre (CRID),  
University of Namur (FUNDP),  
Member of the Centre d'Études et  
de Recherche en Droit de  
l'Immatériel (CERDI)

**Caroline COLIN**

Doctora en Derecho  
Investigadora Senior en el Centro  
de Investigación en Informática y  
Derecho (CRID) de la Universidad  
de Namur (FUNDP)  
Miembro del Centro de Estudios  
y de Investigación en Derecho  
de lo Inmaterial (CERDI)

**Caroline COLIN**

Docteur en droit  
Chercheuse Sénior au Centre de Recherches Informatique  
et Droit (CRID), Université de Namur (FUNDP)  
Membre du Centre d'Études et de Recherche  
en Droit de l'Immatériel (CERDI)

*It is undeniable that authors have subjective rights in their works. Given, however, that any formulation of a right necessarily requires the formulation of a duty, it would not be surprising if authors bore certain duties towards the public. The analysis will be conducted within the framework of Article L. 122-5 of the Intellectual Property Code which could be the seat of a particular duty of authors and in which the public would have prerogatives that were not subjective rights. Interesting legal consequences follow from this system.*

All the prerogatives granted to authors by the law are undeniably subjective rights understood as "individual prerogatives recognised and sanctioned by the objective law which enables the holder to do, require or prohibit something in his own interest or sometimes in the interest of others"<sup>2</sup>. Authors enjoy economic rights and moral rights. The rules of literary and

Es innegable que el autor dispone de derechos subjetivos sobre sus obras. Ahora bien, puesto que toda formulación de un derecho lleva consigo la formulación de un deber, no es de extrañar que el autor tenga a su cargo algunos deberes en relación con su público. El eje central de nuestra reflexión será el Artículo L. 122-5 del CPI en el cual cabe que resida un deber especial del autor y en donde el público dispondría de prerogativas que no serían derechos subjetivos. De ese sistema se desprenden interesantes consecuencias jurídicas.

No cabe duda de que todas las prerogativas que la ley le acuerda al autor son derechos subjetivos en el sentido de que son prerogativas individuales reconocidas y sancionadas por el Derecho objetivo, el cual le permite a su titular hacer, exigir o prohibir algo en su propio interés o, a veces, en interés de otro"<sup>2</sup>. El autor dispone de derechos patrimoniales y de derechos morales. Las normas legales sobre derecho

*Il est indéniable que l'auteur dispose de droits subjectifs sur ses œuvres.*

*Mais étant donné que toute formulation d'un droit appelle nécessairement la formulation d'un devoir, il ne serait pas étonnant que l'auteur ait à sa charge certains devoirs envers son public. La réflexion sera menée au sein de l'article L. 122-5 du CPI qui pourrait être le siège d'un devoir particulier de l'auteur et où le public disposerait de prérogatives qui ne seraient pas des droits subjectifs. De ce système, découlent d'intéressantes conséquences juridiques.*

Toutes les prerogatives accordées à l'auteur par la loi sont indéniablement des droits subjectifs au sens de « prerogatives individuelles reconnues et sanctionnées par le Droit objectif qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son propre intérêt ou parfois, dans l'intérêt d'autrui »<sup>2</sup>. L'auteur dispose de droits patrimoniaux et de droits

artistic property vest only authors with power over their creations, to the exclusion of others. They enjoy a sphere restricted to them from which third parties are excluded. Such exclusivity implies a duty of respect on the part of others<sup>3</sup>, whether they are exploiting parties or end users. This duty of respect can be perceived as a standard of conduct that third parties have to adopt. The latter know, *a priori*, the types of conduct that would breach the rules<sup>4</sup>, such as reproducing or publicly performing creations without their author's agreement. Third parties are obliged to respect the rules that the legislator has laid down and to find an area of freedom within which they do not encroach on the author's reserved space, like Article L. 122-5 IPC in French law, for example. Therefore, authors' rights necessarily come hand in hand with duties imposed on third parties, in this case the work's public in the broad sense.

However, much less – indeed hardly anything – is ever said about authors' duties. By way of illustration, although authors certainly enjoy a subjective right of reproduction and performance, they also have a duty to accept collective management, or again an automatic transfer of their prerogatives, in specific cases determined by the legislator. The duty is then similar to an obligation<sup>5</sup>. To acquire a subjective right is not simply to acquire a legal advantage. It also implies that its holder must fulfil certain obligations or satisfy certain duties. In any event, at least one duty always accompanies a right, namely that of not abusing the right, i.e. "not using it in

*de autor le reconocen, a éste únicamente, un poder sobre sus creaciones, poder que excluye a otros. El autor goza de un ámbito que le está reservado y del cual quedan excluidos los terceros. Esta exclusividad implica un deber de respeto por parte de estos últimos<sup>3</sup>, así sea por parte de los que explotan las creaciones o por parte de los que son los usuarios finales. Este deber de respeto cobra la forma de una norma de comportamiento que los terceros deben adoptar. Ellos conocen a priori los comportamientos que conducen a infringir las reglas<sup>4</sup> como por ejemplo: el hecho de reproducir o de representar públicamente las creaciones sin autorización de los que son sus respectivos autores. Los terceros tienen entonces la obligación de respetar las normas que el legislador ha dictado y encontrar un espacio de libertad dentro del cual no contraríen el espacio que le está reservado al autor, como por ejemplo el que le reserva el Artículo L. 122-5 del CPI, en derecho francés. De lo que se deriva, lógicamente, que a los derechos del autor responden necesariamente deberes impuestos a los terceros, es decir al público que disfruta de las obras, tomado éste en su amplio sentido.*

*Ahora bien, de lo que casi no se habla o se habla menos (por no decir nunca) es de los deberes del autor. A manera de ilustración, digamos que si el autor dispone de los derechos subjetivos de reproducción y de representación, tiene por igual el deber de aceptar una gestión colectiva en casos especiales que determina el legislador o aún una cesión automática de sus prerrogativas. El deber entonces no está lejos de la obligación<sup>5</sup>. Adquirir un derecho subjetivo no significa simplemente adquirir una ventaja jurídica. Implica igualmente de parte de quien detenta ese derecho llenar ciertas obligaciones o satisfacer ciertos deberes. En cualquier circunstancia, un derecho siempre va acompañado, por lo menos, de un deber.*

moraux. Les règles du droit d'auteur reconnaissent uniquement à l'auteur un pouvoir sur ses créations, à l'exclusion d'autrui. Il bénéficie d'un domaine qui lui est réservé dont les tiers sont exclus. Cette exclusivité implique un devoir de respect de la part des tiers<sup>3</sup>, qu'ils soient exploitants ou utilisateurs finaux. Ce devoir de respect s'appréhende comme une norme de comportement que doivent adopter les tiers. Ceux-ci connaissent *a priori* les comportements qui enfreindraient ces règles<sup>4</sup>, comme par exemple le fait de reproduire ou de représenter publiquement les créations sans l'accord de leur auteur. Les tiers sont obligés de respecter les règles que le législateur a posées et de trouver un espace de liberté au sein duquel ils ne contrarient pas l'espace de réservation de l'auteur, comme par exemple l'article L. 122-5 du CPI en droit français. Aux droits de l'auteur, répondent donc nécessairement des devoirs imposés aux tiers, en l'occurrence au public des œuvres au sens large.

Mais ce dont on parle beaucoup moins – pour ainsi dire presque jamais – ce sont des devoirs de l'auteur. À titre d'illustration, si l'auteur dispose bien d'un droit subjectif de reproduction et de représentation, il a également le devoir d'accepter une gestion collective dans des cas particuliers décidés par le législateur ou encore une cession automatique de ses prerogatives. Le devoir se rapproche alors de l'obligation<sup>5</sup>. Acquérir un droit subjectif ne signifie pas simplement acquérir un avantage juridique. Cela implique également, de la part de son détenteur, de remplir certaines obligations ou de satisfaire à certains devoirs. En tout état de cause, un droit s'accompagne

an illegitimate intent, more to harm others than to satisfy serious interests"<sup>6</sup>. Therefore, to the extent that granting a subjective right inevitably implies at least one duty, it appears more appropriate and correct to employ the concept of legal situation, characterised by a "complex of rights and duties"<sup>7</sup>, rather than to refer simply to the subjective right, which is admittedly the main aspect of the context but not the only one. The legal situation surrounding an author is a subjective legal situation in that it "tends to create mainly rights rather than duties"<sup>8</sup>. The primary objective of subjective legal situations is to produce rights, that is to say to create advantages<sup>9</sup>. Such legal situations have a pre-established character in that the situation "reflects a stand taken in advance and designed to guarantee its beneficiary the legal effects that it should produce"<sup>10</sup>. In the case of authors' rights, the subjective legal situation depends in its emergence on the private will of creators, whereas its legal content is determined entirely by the law which established the ensuing exclusive right<sup>11</sup>. At the same time, the legal content does not just define rights or advantages in favour of authors; it also delimits duties borne by them. Rights and duties are thus merely the two sides of the same reality, i.e. the same subjective legal situation, even if the benefits granted to authors are greater than the duties imposed on them.

Among the obligations imposed on authors, there is a particularly interesting one which provides that

*el de no abusar de él, es decir "no servirse de él pensando en utilizarlo más bien en forma ilegítima con el propósito de perjudicar a otro, y no para satisfacer un interés serio"<sup>6</sup>. A partir de este postulado, en la medida en que la atribución de un derecho subjetivo implica inevitablemente un deber por lo menos, parece más oportuno y mas justo recurrir a la noción de situación jurídica, caracterizada por una "complejidad de derechos y deberes"<sup>7</sup> antes de evocar simplemente el derecho subjetivo que es, desde luego, el aspecto principal del contexto, mas no el único. La situación jurídica en la cual se mueve un autor es una situación jurídica subjetiva en cuanto a que ella "tiende, principalmente, a crear derechos más bien que a crear deberes"<sup>8</sup>. El objetivo principal de las situaciones jurídicas subjetivas no es otro que el de producir derechos, es decir crear ventajas<sup>9</sup>. Esta situación jurídica ofrece un carácter previamente establecido en el sentido de que "constituye una posición que se toma de antemano y que va destinada a garantizarle al beneficiario los efectos jurídicos que ella debe producir"<sup>10</sup>. En el caso del derecho de autor, la situación jurídica subjetiva depende de la voluntad privada de los creadores cuando éstos emergen, mientras que el contenido legal lo fija enteramente la ley que ha consagrado el derecho exclusivo que de él resulta"<sup>11</sup>. Y, este contenido legal no define simplemente derechos, ventajas a favor del autor; también delimita cuáles son sus deberes. Derechos y deberes no son entonces más que el anverso y el reverso de una misma realidad, de una misma situación jurídica subjetiva, inclusive si los beneficios otorgados son más importantes que las cargas impuestas.*

*De entre las obligaciones dictadas al autor, hay una particularmente interesante que dispone que «cuando la obra ha sido*

toujours au moins d'un devoir, celui de ne pas abuser de son droit, c'est-à-dire «de ne pas en user dans une pensée illégitime pour nuire à autrui plus que pour satisfaire à des intérêts sérieux»<sup>6</sup>. Dès lors, dans la mesure où l'attribution d'un droit subjectif implique inévitablement au moins un devoir, il paraît plus opportun et juste de recourir à la notion de situation juridique, caractérisée par un «complexe de droits et de devoirs»<sup>7</sup>, plutôt que d'évoquer simplement le droit subjectif qui est certes l'aspect principal du contexte mais qui n'est pas le seul. La situation juridique dans laquelle évolue un auteur est une situation juridique subjective en ce qu'elle «tend à créer principalement des droits plutôt que des devoirs»<sup>8</sup>. L'objectif principal des situations juridiques subjectives est de produire des droits c'est-à-dire de créer des avantages<sup>9</sup>. Cette situation juridique offre un caractère préétabli en ce sens qu'elle «constitue une position prise à l'avance et qui est destinée à assurer à son bénéficiaire les effets juridiques qu'elle doit produire»<sup>10</sup>. Dans le cas du droit d'auteur, la situation juridique subjective dépend de la volonté privée des créateurs dans son émergence, alors que son contenu légal est fixé entièrement par la loi qui a consacré le droit exclusif qui en résulte"<sup>11</sup>. Et ce contenu légal ne définit pas simplement des droits, des avantages en faveur de l'auteur; il délimite également des *devoirs* à sa charge. Droits et devoirs ne sont donc que le recto et le verso d'une même réalité, d'une même situation juridique subjective, même si les bénéfices consentis sont plus importants que les charges imposées.

Parmi les obligations dictées à l'auteur, il en est une particulièrement intéressante qui dispose que «lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne



"when a work has been disclosed, the author may not prohibit..."<sup>12</sup> a whole list of uses of the author's works. It is within the framework of this provision that third parties will be able to enjoy an area of freedom that is not in tension with authors' rights. It is legitimate then to raise the question whether, in view of this sphere of freedom granted to users, authors do not have a duty not to prohibit the uses concerned (I). For some time, however, the author's duty has seemed far less compelling. The duty imposed on the author by the legislator can now be alleviated by the courts by means of the three-step test. The courts seem to have the power to call into question the application of the exceptions and thus to reduce the duty that the author may have not to prohibit them (II). Lastly, the subject calls for an analysis of the possibilities of action available to the user public in the event that the author fails to respect the duty formulated by the law (III).

### I. CHARACTERISING THE DUTY

It would doubtless be premature and lack substance to infer from the language of Article L. 122-5 IPC that the legislator has imposed on authors the duty not to prohibit the exceptions. The starting point of the reasoning process should perhaps be the beneficiaries of the exceptions, i.e. generally the work's public. This starting point seems logical to the extent that works are primarily intended to be communicated to the public<sup>13</sup> (A). The next step will then be to understand why the legislator needed to impose such a duty on authors (B).

*divulgada, el autor no puede prohibir..."<sup>12</sup> toda una serie de utilizaciones de su obra. Dentro de esta disposición legal es como los terceros van a poder gozar de un espacio de libertad que no contrarie los derechos del autor. Es legítimo preguntarse entonces, si frente a esta esfera de libertad consentida a los usuarios, el autor no tendría el deber de no prohibir las utilizaciones a las que se ha aludido anteriormente (I). No obstante, desde hace algunos años, el deber del autor parece ser cada vez menos apremiante. De ahora en adelante, la carga que le ha impuesto el legislador puede aligerarla el juez mediante la prueba de las tres etapas. Al parecer, el juez tiene poder de impugnar la aplicación de las excepciones y por lo tanto de minorar el deber que tendría que tener el autor de no prohibirlas (II). En resumidas cuentas, convendría preguntarse acerca de cuales son las posibilidades de acción de las que dispone el público al que van destinadas las obras o que las utiliza, en caso de que el autor no respete el deber formulado por la ley (III).*

### I. CARACTERIZACION DEL DEBER

*Deducir de la formulación del Artículo L. 122-5 que el legislador le ha encomendado al autor el deber de no prohibir las excepciones sería, ciertamente, prematuro y no tendría consistencia. Tal vez sea más conveniente comenzar razonando a partir de los destinatarios de las excepciones, o sea de manera general, a partir del público al cual van destinadas las obras. Este punto de partida parece ser lógico si se lo toma en el sentido de que la vocación primera de una obra es la de ser comunicada al público<sup>13</sup> (A). Para después tratar de comprender por qué el legislador se ha visto en la necesidad de imponer este deber al autor(B).*

peut interdire..."<sup>12</sup> toute une série d'utilisations de ses œuvres. C'est au sein de cette disposition que les tiers vont pouvoir jouir d'un espace de liberté qui ne contrarie pas les droits de l'auteur. Il est alors légitime de se demander si, face à cette sphère de liberté consentie aux utilisateurs, l'auteur n'aurait pas un devoir de ne pas interdire les utilisations visées (I). Mais, depuis quelques années, le devoir de l'auteur semble bien moins contraignant. La charge que lui impose le législateur peut désormais être allégée par le juge au moyen du test des trois étapes. Il semble que le juge ait le pouvoir de remettre en cause l'application des exceptions et donc d'amoinrir le devoir qu'aurait l'auteur de ne pas les interdire (II). Enfin il conviendra de s'interroger sur les possibilités d'action dont dispose le public des œuvres au cas où l'auteur ne respecterait pas le devoir formulé par la loi (III).

### I. LE DEVOIR CARACTERISE

Déduire de la formulation de l'article L. 122-5 que le législateur a enjoint à l'auteur le devoir de ne pas interdire les exceptions serait certainement prématuré et manquerait de consistance. Il convient peut-être d'initier le raisonnement à partir des destinataires des exceptions, c'est-à-dire d'une manière générale le public des œuvres. Ce point de départ semble logique dans le sens où la vocation première d'une œuvre est d'être communiquée au public<sup>13</sup> (A). Il s'agira ensuite de comprendre pourquoi le législateur a eu besoin d'imposer un tel devoir à l'auteur (B).

### A. The Public's Prerogatives; the Author's Duty

A creation is sustained by the interest of others and the objective of creation is to share the work with the public<sup>14</sup>. The author and the author's public are two extremities joined by the work's communication. Therefore, it seems appropriate to approach the analysis from the public's side. Once the public's supposed prerogatives<sup>15</sup> have been defined through Article L. 122-5 IPC (1), it will almost certainly be easier to characterise any duty that authors may have towards their public (2).

#### 1. The Public's Prerogatives: Possibilities

To claim that the public has a subjective right to the exceptions undoubtedly reflects a "terminological weakness"<sup>16</sup>. However, to claim that the public does not possess any prerogative could also be one. Indeed, subjective rights are not the only legal prerogatives. There are others. It is possible then that even though the public clearly does not have any subjective rights to the exceptions<sup>17</sup>, it nevertheless enjoys prerogatives which it will be necessary to characterise.

The user, as the recipient of the author's communication of works, can choose to make copies for private use on the conditions laid down by the legislator, as well as to quote from the work, parody it and reproduce or communicate it to persons with a disability<sup>18</sup>. The beneficiary of the exception has a well-defined option which can be taken up or declined. It is not an obligation. Either the beneficiary makes use of the possibility

### A. De las prerrogativas del público y del deber del autor

*La creación se nutre de la contemplación del otro. Y el objetivo de la creación es compartirla con el público<sup>14</sup>. El autor y su público se sitúan en dos extremos cuya vinculación la establece la comunicación de la obra. Por esta razón, parece oportuno reflexionar acerca del lado en el cual se sitúa el público. Una vez cernidas las supuestas prerrogativas<sup>15</sup> del público a través del Artículo L. 122-5 del CPI (1), seguramente será mucho más confortable caracterizar un eventual deber del autor hacia su público.*

#### 1. De las prerrogativas del público: las facultades

*Venir a sostener que el público tiene un derecho subjetivo en cuanto a las excepciones se origina, es cierto, en una "falla terminológica"<sup>16</sup>. Por igual, venir a sostener que no posee ninguna prerrogativa podría ser también una. Así es, los derechos subjetivos no son las únicas prerrogativas jurídicas. Existen otras. Podría ocurrir entonces que el público – incluso aunque seguramente no goce de derechos subjetivos en cuanto a las excepciones<sup>17</sup> – goza de todas formas de prerrogativas que habrá que tratar de caracterizar.*

*Aquel a quien el autor instituye como destinatario de la comunicación de sus obras, dispone de la opción para llevar a cabo, en las condiciones que ha previsto el legislador, reproducciones para su uso privado y puede optar asimismo por citar la obra, por parodiarla, reproducirla o comunicarla a personas minusválidas<sup>18</sup>. El beneficiario de la excepción dispone de una opción bien definida que le permite ponerla en práctica o rechazarla. No es una obligación. O bien el usuario ejerce esta*

### A. Prerogatives du public, devoir de l'auteur

La création se nourrit du regard d'autrui. Et l'objectif de la création est le partage avec le public<sup>14</sup>. L'auteur et son public sont les deux extrémités reliées par la communication de l'œuvre. Appréhender la réflexion du côté du public semble donc opportun. Une fois cernées les supposées prerogatives<sup>15</sup> de ce public à travers l'article L. 122-5 du CPI (1), il deviendra certainement plus aisé de caractériser un éventuel devoir de l'auteur envers son public (2).

#### 1. Les prerogatives du public: des facultés

Soutenir que le public a un droit subjectif aux exceptions procède assurément d'une «défaillance terminologique»<sup>16</sup>. Cependant, soutenir qu'il ne possède aucune prerogative pourrait en être une également. En effet, les droits subjectifs ne sont pas les seules prerogatives juridiques. Il en existe d'autres. Il se pourrait alors que le public, même s'il ne bénéficie assurément pas de droits subjectifs aux exceptions<sup>17</sup>, jouisse toutefois de prerogatives qu'il va s'agir de caractériser.

L'utilisateur, en tant que destinataire de la communication des œuvres par l'auteur, dispose du choix de réaliser des reproductions à usage privé dans des conditions prévues par le législateur, mais aussi du choix de citer l'œuvre, de la parodier, de la reproduire ou de la communiquer à des personnes souffrant d'un handicap<sup>18</sup>. Le bénéficiaire de l'exception dispose d'une option bien définie qu'il peut saisir ou refuser. Ce n'est pas une



or the beneficiary does not. The choice is restricted both in terms of the options available and as regards the conditions governing their application. It would seem that Article L. 122-5 IPC contains as many *possibilities* offered to users as the cases listed in it. Indeed, Roubier defines the concept of a *possibility* as "an option afforded by the law between various given courses which enables its beneficiary to cause a new legal situation to arise (or to prevent it from arising)"<sup>19</sup>. The example of a legatee who has the possibility of accepting or forgoing the legacy<sup>20</sup> illustrates the definition. In literary and artistic property law, an option exists in favour of the beneficiary who may freely choose to make a private copy or not, to produce a press review or not and to reproduce or present a work for the purpose of informing the public, etc. Through this option, users "settle the legal situation to their benefit and according to their interests"<sup>21</sup>. If they decide to make use of the *possibility* afforded to them, the conditions governing it are determined by the law and are restrictive. In this sense, the *possibility* is a conditional prerogative, i.e. its exercise is subject to certain conditions fixed by the law<sup>22</sup>, and specifically by Article L. 122-5 IPC in the context of interest to us here. Admittedly, users enjoy "a measure of initiative and freedom"<sup>23</sup> as regards the decision they take concerning the use of their *possibility* in that they determine their choice without being under any compulsion. However, that freedom ceases from the moment that they intend to avail themselves of one of the situations contemplated by the law, i.e. once they have made their choice, because they will then have to comply with the conditions<sup>24</sup> laid down by the legislator<sup>25</sup>. The cases referred to in Article L. 122-5 can thus be said to be

*posibilidad o no la ejerce. La elección que él haga queda restringida a la vez a las opciones presentadas y a las condiciones de aplicación. Parecería que el Artículo L. 122-5 consiste en tantas cuantas facultades se le ofrecen al usuario como en hipótesis previstas. Efectivamente, el concepto de facultad ha sido definido por Roubier como "una opción abierta por la ley entre diferentes partes determinadas, que le permite al que es su beneficiario hacer que nazca (o impedir que nazca) una situación jurídica nueva"<sup>19</sup>. El ejemplo del legatario que tiene la facultad de aceptar o de repudiar el legado<sup>20</sup>, ilustra bien esta definición. En derecho de autor existe una opción instituida en beneficio del interesado, el enal puede elegir libremente realizar o no realizar una copia privada, llevar a cabo una revista de prensa o abstenerse, reproducir o representar una obra con fines de información al público... Gracias a esta opción el usuario "regula la situación jurídica en su propio provecho, y según sean sus intereses"<sup>21</sup>. En la hipótesis en la que él decidiera ejercer su facultad, las condiciones están determinadas en la ley y son restrictivas. En este sentido, la facultad es una prerrogativa condicionada, es decir cuyo ejercicio está subordinado a algunas condiciones fijadas por la ley<sup>22</sup>, o sea por el Artículo L. 122-5 del CPI en el contexto que es aquí el nuestro. Evidentemente, el usuario dispone "del juego de la iniciativa y de la libertad"<sup>23</sup> en cuanto a la decisión que él toma con respecto al ejercicio de su facultad: decide sin coacción alguna sobre cual va a ser su opción. Pero esta libertad cesa en el instante en que su voluntad se dirige hacia alguna de las situaciones contempladas por la ley, es decir una vez que ha elegido deberá entonces respetar las condiciones<sup>24</sup> impuestas por el legislador<sup>25</sup>. De modo, que las hipótesis contempladas en el Artículo L. 122-5 serían facultades, incluso si algunas de ellas, fundamentadas en la libertad de expresión y en la libertad de*

obligation. Soit il exerce cette possibilité, soit il ne l'exerce pas. Le choix est restreint à la fois quant aux options présentées et quant aux conditions d'application. Il semblerait que l'article L. 122-5 consiste en autant de *facultés* offertes à l'utilisateur que d'hypothèses prévues. En effet, le concept de *faculté* est défini par Roubier comme étant «une option ouverte par la loi entre différents partis déterminés, qui permet à son bénéficiaire de faire naître (ou d'empêcher de naître) une situation juridique nouvelle»<sup>19</sup>. L'exemple du légataire qui a la faculté d'accepter ou de répudier le legs<sup>20</sup> illustre la définition. En droit d'auteur, une option existe au profit de l'intéressé qui peut choisir librement de réaliser ou non une copie privée, de réaliser ou non une revue de presse, de reproduire ou représenter une œuvre à des fins d'information du public... Grâce à cette option, l'utilisateur «règle la situation juridique à son profit, et selon ses intérêts»<sup>21</sup>. Dans l'hypothèse où il déciderait d'exercer sa *faculté*, les conditions se révèlent déterminées par la loi et restrictives. En ce sens, la *faculté* est une prerogative conditionnée, c'est-à-dire dont l'exercice est subordonné à certaines conditions fixées par la loi<sup>22</sup>, c'est-à-dire par l'article L. 122-5 dans le contexte qui nous préoccupe. Certes, l'utilisateur jouit d'un jeu d'initiative et de liberté»<sup>23</sup> quant à la décision qu'il prend concernant l'exercice de sa *faculté*: il décide sans aucune contrainte de son choix. Mais cette liberté cesse dès l'instant où sa volonté se dirige vers l'une des situations envisagées par la loi, c'est-à-dire une fois son choix opéré: il devra alors respecter les conditions<sup>24</sup> posées par le législateur<sup>25</sup>. Les hypothèses visées par l'article L. 122-5 seraient donc des *facultés*, même si certaines d'entre elles, fondées sur la liberté d'expression

possibilities, even though some of them – because they are based on freedom of expression and press freedom – are subject to less restrictive conditions of application, like the exception for short quotation and analysis or the exception for press reviews<sup>26</sup>.

It is possible to speculate about the reasons that prompted the legislator to regulate private copying of a work and its performance within a family circle in such a precise manner. In our view, these are not exceptions but rather natural limits to the reproduction right and the performance right respectively<sup>27</sup> in that it follows from the definition of the rights that these acts ought by nature to fall outside the author's control. Indeed, authors should not have a grip on "private" uses of their creations but only "public" uses. All individuals should then be able to make use of works in their private sphere, to exercise this *freedom of private use*, without fearing the author's intrusion. Roubier defines freedom as "a sort of unconditional prerogative enabling private individuals to do whatever the law has not forbidden"<sup>28</sup>. Of course, the law can express restrictions but, outside those limits, freedom can exist to its full extent<sup>29</sup>. In our context, this means that individuals should be able to use works freely in their private sphere as long as they do not go beyond that framework. Therefore, was it desirable that the legislator, through Article L. 122-5 IPC, should transform the exercise of a *freedom* (an unconditional prerogative) into a *possibility* (a conditional prerogative)? Indeed, users who were supposed initially to enjoy an unconditional prerogative – *freedom of private use* – have been reduced to exercising a conditional prerogative – the *possibility* of private use. The

*prensa, expresan condiciones de aplicación menos restrictivas, como la excepción relacionada con las citas breves y con los análisis o la relativa a las revistas de prensa*<sup>26</sup>.

*Es natural preguntarse acerca de cuáles son las razones que han impulsado al legislador a enmarcar con tanta precisión la copia privada de una obra y su representación en el seno del círculo familiar. Según nuestra forma de pensar, no se trata aquí de excepciones sino de límites naturales al derecho de reproducción y al derecho de representación<sup>27</sup> respectivamente, en el sentido de que estos actos, deducidos de la definición de derechos, deberían escapar por naturaleza al control del autor. Así es en efecto, el autor no debería ejercer la manumisión sobre el uso "privado" de sus creaciones sino únicamente sobre las utilidades "públicas". Cualquier individuo debería tener la posibilidad de usar las obras en su esfera privada sin temer la intromisión del autor o sea de ejercer esa libertad de uso privado. Roubier define la libertad como "una especie de prerrogativa no sujeta a condiciones que les permite a los particulares hacer todo aquello que la ley no ha prohibido"<sup>28</sup>. Desde luego, la ley puede emitir restricciones, pero fuera de esos límites, la libertad puede evolucionar ampliamente<sup>29</sup>. En el contexto que es el nuestro, esto significa que los individuos deberían poder utilizar libremente las obras dentro de su espacio privado a condición de no ir más allá del marco impuesto por la ley. Entonces, ¿era deseable que el legislador, a través del Artículo L. 122-5, transformara el ejercicio de una libertad, prerrogativa no condicionada, en una facultad, prerrogativa condicionada? En efecto, pudiendo gozar originalmente de una prerrogativa no condicionada, a saber la*

et la liberté de la presse, affichent des conditions d'application moins restrictives, comme l'exception de courte citation et d'analyse ou celle relative aux revues de presse<sup>26</sup>.

Il est loisible de s'interroger sur les raisons qui ont poussé le législateur à encadrer si précisément la copie privée d'une œuvre et sa représentation au sein d'un cercle de famille. Selon notre conception, il ne s'agit pas d'exceptions mais de limites naturelles respectivement au droit de reproduction et au droit de représentation<sup>27</sup> en ce sens que ces actes, déduits de la définition des droits, devraient échapper par nature au contrôle de l'auteur. En effet, l'auteur ne devrait pas avoir de mainmise sur les utilisations «privées» de ses créations mais uniquement sur ses utilisations «publiques». Tout individu devrait alors être en mesure d'user des œuvres dans sa sphère privée sans craindre l'intrusion de l'auteur, d'exercer cette *liberté* d'usage privé. Roubier définit la liberté comme «une sorte de prerogative inconditionnée qui permet aux particuliers de faire tout ce que la loi n'a pas défendu»<sup>28</sup>. Certes, la loi peut émettre des restrictions mais, en dehors de ces limites, la liberté peut évoluer dans toute son ampleur<sup>29</sup>. Dans notre contexte, cela signifie que les individus devraient pouvoir utiliser librement les œuvres dans leur espace privé à condition de ne pas dépasser ce cadre. Dès lors, était-ce souhaitable que le législateur, à travers l'article L. 122-5, transforme l'exercice d'une *liberté*, prerogative inconditionnée, en une *faculté*, prerogative conditionnée? En effet, devant bénéficier à l'origine d'une prerogative inconditionnée – la *liberté* d'usage privé – les utilisateurs se



legislator doubtless viewed it as a way of restraining an overly lax interpretation of the limits to authors' rights<sup>30</sup> and preferred to lock them in strict conditions, which is understandable. But, by doing so, the legislator may also have deprived users of any legal action against authors, because it is one of the characteristics of freedoms<sup>31</sup>, unless a possibility also offers them this remedy at law<sup>32</sup>.

## 2. The Formulation of a Duty borne by the Author

Users of works do not enjoy a subjective right, be it for private copying or for quotation, but merely the possibility of engaging or not engaging in such uses. If they seize the opportunity, they will have to respect the requirements laid down in each case by Article L. 122-5 IPC. Each exception corresponds to a pre-established legal situation in that the legislator has defined beforehand the conditions under which it may unfold. In fact, it is an objective legal situation which thus tends to "recognise duties rather than rights"<sup>33</sup>. Accordingly, Article L. 122-5 imposes a *duty* on authors vis-à-vis the beneficiaries of their creations because "without a duty on each person's part to respect other people's prerogatives, those prerogatives would have absolutely no value"<sup>34</sup>. The author's *duty* is a "non-contractual"<sup>35</sup> one, expressed by a legal rule. In our context, the duty is defined negatively insofar as it does not imply that the

libertad de uso privado, los usuarios se ven reducidos a ejercer una prerrogativa condicionada como es la facultad de uso privado. Seguramente en esto, el legislador ha encontrado la manera de poner barreras a una interpretación demasiado laxista de los límites al derecho de autor<sup>30</sup> y ha preferido echar un candado estableciendo condiciones estrictas, lo cual es comprensible. No obstante, al hacerlo habría privado igualmente a los usuarios de la posibilidad de entablar una acción ante justicia contra el autor, puesto que es ésta una de las características de las libertades<sup>31</sup>, a menos de que la facultad también permita este recurso<sup>32</sup>.

## 2. De la formulación de un deber a cargo del autor

*Aquel que utiliza una obra no goza de un derecho subjetivo, así se refiera a la copia privada o a las citas, goza simplemente de la facultad de entregarse o no entregarse a estos tipos de utilización. Si el usuario hace suya esta oportunidad, deberá respetar las exigencias que el Artículo L. 122-5 ha prescrito en cada eventualidad. Cada excepción corresponde a una situación jurídica previamente establecida cuyo sentido en cuanto a las condiciones en las cuales podría desenvolverse la excepción han quedado definidas a priori por el legislador. De hecho, se trata de una situación jurídica objetiva que tiende por lo tanto "a reconocer deberes más bien que derechos"<sup>33</sup>. De modo, que el Artículo L. 122-5 le impone al autor un deber respecto a los destinatarios de sus creaciones, ya que "sin el deber que tiene cada uno de respetar las prerrogativas de sus semejantes, las prerrogativas no tendrían absolutamente ningún valor"<sup>34</sup>. El deber del autor es "extracontractual"<sup>35</sup> y explícito por virtud de una norma legal.*

retrouvent réduits à exercer une prérogative conditionnée – la *faculté* d'usage privé. Le législateur y a certainement vu le moyen d'endiguer une interprétation trop laxiste des limites au droit d'auteur<sup>30</sup> et a préféré les cadenasser dans des conditions strictes, ce qui peut se comprendre. Mais ce faisant, il aurait également privé les utilisateurs d'une action en justice contre l'auteur puisque c'est l'une des caractéristiques des libertés<sup>31</sup>, à moins que la faculté permette également ce recours<sup>32</sup>.

## 2. La formulation d'un devoir à la charge de l'auteur

L'utilisateur d'une œuvre ne bénéficie pas d'un droit subjectif, qu'il soit de copie privée ou de citation, mais simplement de la *faculté* de se livrer ou non à de telles utilisations. S'il saisit l'opportunité, il devra respecter les exigences posées dans chaque hypothèse par l'article L. 122-5. Chaque exception correspond à une situation juridique préétablie dans le sens où le législateur a défini *a priori* les conditions dans lesquelles elle pourrait s'épanouir. Il s'agit en fait d'une situation juridique objective qui tend donc à « reconnaître des devoirs plutôt que des droits »<sup>33</sup>. L'article L. 122-5 impose donc à l'auteur un *devoir* vis-à-vis des destinataires de ses créations, car « sans devoir pour chacun de respecter les prerogatives de ses semblables, celles-ci n'auraient absolument aucune valeur »<sup>34</sup>. Le *devoir* de l'auteur est « extracontractuel »<sup>35</sup>, explicité par une règle légale. Dans notre contexte, ce devoir est défini négativement en ce sens qu'il ne s'agit pas pour l'auteur

author should encourage or positively permit exercise of the exceptions, but rather that the author should not prohibit them.

Among the objective legal situations, Roubier distinguishes "reactive situations", arising from the legal order's reaction to an event or an act, and pre-established "institutional situations"<sup>36</sup>, from which legal consequences are drawn. These are fixed by the legal order with the result that they appear more like imposed duties<sup>37</sup>. The specificity of these objective situations is that they focus on protecting a duty rather than a right. That is exactly what Article L. 122-5 IPC does. If a user chooses to exercise one of the exceptions, a rule is established in the user's favour prohibiting authors from controlling certain uses of their works once they have been disclosed. Hence a legal duty<sup>38</sup> – in the form of an obligation to judge by the terms employed in the provision<sup>39</sup> – is borne by authors. The legal situation created by Article L. 122-5 can thus be likened to an institutional objective situation involving a *duty* imposed on authors not to interfere with the uses concerned. Therefore, the objective law may sometimes defend interests that are not raised to the status of subjective rights<sup>40</sup>.

Article L. 122-5 IPC can thus be analysed as a rule of objective law<sup>41</sup> creating an institutional objective situation intended to protect users in certain cases provided that they respect the stated conditions, by compelling authors not to intervene.

*En nuestro contexto ese deber se halla definido de manera negativa en el sentido de que para el autor no se trata de favorecer o de permitir positivamente que se ejerzan las excepciones, sino más bien de no prohibirlas.*

*De entre las situaciones jurídicas objetivas, Roubier distingue las «situaciones producto de una reacción», generadas en la reacción del orden jurídico frente a un hecho o a un acto y las «situaciones institucionales»<sup>36</sup>, establecidas previamente y de las cuales se extraen consecuencias jurídicas. Estas últimas las fija el orden jurídico, de tal modo que más bien se consideran como deberes impuestos<sup>37</sup>. La especificidad de estas situaciones objetivas es que se aferran a proteger un deber antes que a proteger un derecho. Es eso precisamente lo que hace el Artículo L. 122-5. Desde el momento en que el usuario decide hacer uso de una de las excepciones, se instituye una regla en su beneficio que le prohíbe al autor, una vez que sus obras han sido divulgadas, controlar algunas de las utilizaciones de estas obras. Se trata de un deber jurídico<sup>38</sup> bajo la forma de obligación – si juzgamos por el término empleado por la disposición legal<sup>39</sup> – que está a cargo del autor. La situación jurídica creada por el Artículo L. 122-5 se asemeja entonces a una situación objetiva institucional sancionada por un deber que se le dicta al autor de no atentar contra las utilizaciones concernidas. Sucede entonces, que el derecho objetivo defiende intereses que no han sido erigidos en derechos subjetivos<sup>40</sup>.*

*En consecuencia, el Artículo L. 122-5 se analiza como una regla de derecho objetivo<sup>41</sup> creadora de una situación objetiva institucional, destinada a proteger a los usuarios en ciertas hipótesis y a condición de que respeten los requisitos impuestos, construyendo al autor a no intervenir.*

de favoriser ou permettre positivement l'exercice des exceptions, mais plutôt de ne pas les interdire.

Parmi les situations juridiques objectives, Roubier distingue les «situations réactionnelles», nées de la réaction de l'ordre juridique vis-à-vis d'un fait ou d'un acte, et «les situations institutionnelles»<sup>36</sup>, établies préalablement et dont sont tirées des conséquences juridiques. Celles-ci sont fixées par l'ordre juridique de sorte qu'elles apparaissent plutôt comme des devoirs imposés<sup>37</sup>. La spécificité de ces situations objectives est de s'attacher à protéger un devoir plutôt qu'un droit. C'est précisément ce que fait l'article L. 122-5. Dès lors que l'utilisateur choisit d'exercer l'une des exceptions, une règle est instituée à son profit qui interdit à l'auteur, à condition que son œuvre ait été divulguée, de contrôler certaines utilisations de ses œuvres. Un devoir juridique<sup>38</sup>, sous forme d'obligation si l'on en juge par le terme employé par la disposition<sup>39</sup>, est donc à la charge de l'auteur. La situation juridique créée par l'article L. 122-5 s'apparente donc à une situation objective institutionnelle sanctionnée par un devoir dicté à l'auteur de ne pas porter atteinte aux utilisations concernées. Il arrive donc que le droit objectif défende des intérêts non érigés en droits subjectifs<sup>40</sup>.

L'article L. 122-5 s'analyse donc en une règle de droit objectif<sup>41</sup> créatrice d'une situation objective institutionnelle destinée à protéger les utilisateurs dans certaines hypothèses et à condition qu'ils respectent les conditions posées, en contraignant l'auteur à ne pas intervenir.



Let there be no mistake, the objective is not to defend a utilitarian conception of authors' rights. It is not a question of advocating a system in which all the interests are placed on the same level, in which authors, but also users, have rights in creations. This approach is the one adopted by the copyright countries and is not acceptable therefore in French *droit d'auteur*. The author is the only person to hold rights, whereas the public can only claim interests; but this does not prevent the public from having "prerogatives" even if it is true that they are far more limited and conditional than a subjective right. The idea is simply to take account of the legal consequences of the formulation of a system of exceptions within the proprietary conception of French authors' rights<sup>42</sup>. And it is for this purpose that it has been shown that the public holds specific prerogatives which, in this case, are possibilities.

#### B. The Reason for the Establishment in Law of a Duty on the Part of Authors

The mechanism adopted in Article L. 122-5 IPC could reflect the legislator's wish to resolve *ex ante* the conflicts that might arise between the author's subjective right and the various "interests"<sup>43</sup> of third parties.

According to A. Gervais<sup>44</sup>, the concept of "interest" can be understood in various ways. The difference in treatment is the result of a value judgment on society's part. That judgment may follow four lines of approach: either the interest is "unlawful" and the pursuit of its satisfaction is repressed in civil or penal law; or the interest is "pure and simple",

*No vayamos a equivocarnos en esto: el objetivo no es defender una concepción utilitarista del derecho de autor. No se trata de preconizar un sistema en el cual todos los intereses estuvieran en el mismo plano, en el que los autores, pero también los usuarios, dispusieran de derechos sobre las creaciones. Este enfoque es el que asumen los países del copyright y desde luego no es admisible en derecho de autor francés<sup>42</sup>. El autor es la única persona llamada a detentar derechos, al paso que el público sólo puede reivindicar intereses; lo que no impide que este último pueda ser portador de "prerrogativas" – es cierto – mucho más limitadas y condicionadas que las de un derecho subjetivo. La idea consiste, sencillamente, en tomar en cuenta las consecuencias legales en cuanto a formular un sistema de excepciones en lo que constituye el núcleo del concepto de propiedad en el derecho de autor francés. Y es siguiendo esta perspectiva como se ha demostrado que el público poseía prerrogativas especiales que, en este caso, son facultades.*

#### B. De la razón por la cual se consagra legalmente el deber del autor

*El mecanismo del Artículo L. 122-5 parecería revelar la voluntad del legislador por resolver en la fuente los conflictos que pudieren surgir entre el derecho subjetivo del autor y los "intereses"<sup>43</sup> de terceros.*

*Según A. Gervais<sup>44</sup>, la noción de interés se declina bajo diversos modos. La diferencia de tratamiento resulta de un juicio de valor de la sociedad. Este juicio de valor puede seguir cuatro orientaciones: una, que el interés sea "ilícito" y satisfacerlo está condenado penal y civilmente; dos, que el interés sea "simple y puro", en cuyo caso a la sociedad no le importa; tres, que el interés también pueda ser "legítimo" y*

Qu'on ne s'y méprenne pas, l'objectif n'est pas de défendre une conception utilitariste du droit d'auteur. Il ne s'agit pas de prôner un système où tous les intérêts seraient mis sur le même plan, où les auteurs, mais aussi les utilisateurs, disposeraient de droits sur les créations. Cette approche est celle retenue par les pays de *copyright* et n'est dès lors pas admissible en droit d'auteur français. L'auteur est le seul personnage à détenir des droits, tandis que le public ne peut revendiquer que des intérêts; ce qui n'empêche pas ce dernier d'être porteur de «prérogatives», certes beaucoup plus limitées et conditionnées qu'un droit subjectif. L'idée consiste simplement à prendre en compte les conséquences légales de la formulation d'un système d'exceptions au sein de la conception propriétaire du droit d'auteur français<sup>42</sup>. Et c'est dans cette perspective qu'il a été démontré que le public détenait des prérogatives particulières, en l'occurrence des facultés.

#### B. La raison de la consécration légale d'un devoir de l'auteur

Le mécanisme de l'article L. 122-5 serait révélateur de la volonté du législateur de résoudre en amont les conflits pouvant surgir entre le droit subjectif de l'auteur et les divers «intérêts»<sup>43</sup> des tiers.

D'après A. Gervais<sup>44</sup>, la notion d'intérêt se décline de diverses manières. La différence de traitement résulte d'un jugement de valeur de la société. Ce jugement peut suivre quatre orientations: soit l'intérêt est «illicite» et la poursuite de sa satisfaction est condamnée civilement ou pénalement; soit l'intérêt est «pur et simple», auquel cas la société y est indifférente; l'intérêt



in which case it is of indifference to society; or again the interest may be "legitimate" and then enjoy a degree of social protection; lastly, the interest may be enshrined in law as a subjective right and given maximum protection<sup>45</sup>. Professor Ost refers to an "uninterrupted continuum"<sup>46</sup> between the interest censured by society and the interest that it treats as sacred. There is no doubt that authors' rights are subjective rights enjoying optimal protection. As to civil liberties and the public interest, they should be viewed as legitimate interests<sup>47</sup> in that, although their protection is weaker than that of a subjective right, they still enjoy strong recognition on society's part. The protection to be afforded to a "legitimate" interest is "limited and negative"<sup>48</sup>: third parties – authors in this case – are not able to disregard that interest. They are prohibited from harming it<sup>49</sup>. However, protection of the legitimate interest reaches its limit if a subjective right is set against it. In a conflict between a subjective right, i.e. the supreme interest, and an interest which, though legitimate is nevertheless inferior, the subjective right prevails<sup>50</sup>. In principle, the party with the weaker interest can assert nothing against the holder of the subjective right<sup>51</sup>. Even if the interest of a teacher or an organisation looking after the disabled seems legitimate in the eyes of society, authors' rights would prevail because the legitimate interest, whether it is justified by a freedom or the pursuit of a public interest, remains inferior to them.

The legislator did not wish the conflict between authors' subjective rights and users' legitimate interests to be resolved in that way. The only solution was to establish a rule of objective law giving the outcome of the conflict. By doing so, the law does not

*gozar entonces de cierta protección social; y cuatro, que el interés pueda estar consagrado como un derecho subjetivo y hallarse protegido al máximo<sup>45</sup>. El Profesor Ost evocará un "continuum ininterrumpido"<sup>46</sup> entre el interés sancionado por la sociedad y el interés que ella sacraliza. Ciertamente, el derecho de autor es un derecho subjetivo que beneficia de una protección óptima. En cuanto a las libertades civiles y al interés público es conveniente aprehenderlos como intereses legítimos<sup>47</sup> tomados en el sentido de que, a pesar de tener una protección más débil que la de un derecho subjetivo, gozan sin embargo de un gran reconocimiento por parte de la sociedad. La protección que se le debe a un interés de los llamados legítimos es "limitada y negativa"<sup>48</sup>; los terceros (en este caso, los autores) no tienen la posibilidad de desconocer este interés. Les está prohibido atentar contra él<sup>49</sup>. A pesar de ello, la protección del interés legítimo encuentra su límite cuando se le opone un derecho subjetivo. En un conflicto entre un derecho subjetivo, es decir el interés supremo y un interés, incluso legítimo, pero no obstante inferior, gana el derecho subjetivo<sup>50</sup>. En principio, el titular del interés más frágil no puede oponerle nada al titular del derecho subjetivo<sup>51</sup>. Incluso aún, cuando el interés del profesor o del organismo que se ocupa de personas minusválidas parece legítimo a los ojos de la sociedad, saldría triunfante el derecho de autor, puesto que el interés legítimo, así esté justificado por una libertad o persiga una finalidad de orden público, sigue siéndole inferior.*

*El legislador no ha querido que el conflicto entre el derecho subjetivo del autor y los intereses legítimos de los usuarios se resuelva en ese sentido. La única solución ha consistido en consagrar una regla de derecho objetivo que encuentre una salida al conflicto. Al hacerlo, no está erigiendo*

peut aussi être «légitime» et bénéficier alors d'une certaine protection sociale; enfin l'intérêt peut être consacré en tant que droit subjectif et protégé au maximum<sup>45</sup>. Le Professeur Ost évoquera un «continuum ininterrompu»<sup>46</sup> entre l'intérêt sanctionné par la société et l'intérêt qu'elle sacralise. Assurément, le droit de l'auteur est un droit subjectif qui bénéficie d'une protection optimale. Quant aux libertés civiles et à l'intérêt public, il convient de les appréhender comme des intérêts légitimes<sup>47</sup> en ce sens que, malgré une protection plus faible qu'un droit subjectif, ils bénéficient malgré tout d'une grande reconnaissance de la part de la société. La protection due à un intérêt dit légitime est «limitée et négative»<sup>48</sup>: les tiers, ici les auteurs, n'ont pas la possibilité de méconnaître cet intérêt. Il leur est interdit d'y porter atteinte<sup>49</sup>. Toutefois, la protection de l'intérêt légitime trouve sa limite si un droit subjectif lui est opposé. Dans un conflit entre un droit subjectif, c'est-à-dire l'intérêt suprême, et un intérêt même légitime, mais néanmoins inférieur, le droit subjectif l'emporte<sup>50</sup>. En principe, le titulaire de l'intérêt le plus faible ne peut rien opposer au titulaire du droit subjectif<sup>51</sup>. Même si l'intérêt de l'enseignant ou de l'organisme s'occupant de personnes handicapées semble légitime aux yeux de la société, le droit de l'auteur l'aurait emporté puisque l'intérêt légitime, qu'il soit justifié par une liberté ou la poursuite d'un intérêt public, lui reste inférieur.

Le législateur n'a pas souhaité que le conflit entre le droit subjectif de l'auteur et les intérêts légitimes des utilisateurs soit résolu en ce sens. La seule solution a consisté à consacrer une règle de droit objectif donnant l'issue du conflit. Ce faisant, il n'érige pas l'intérêt de l'utilisateur en droit

transform the user's interest into a subjective right but merely gives it precedence over the author's subjective right in particular circumstances. "Article L. 122-5 IPC "settles a conflict of interests before the event in order to give one interest the advantage over another"<sup>52</sup>. The rule of objective law presents the peaceful outcome of disputes between authors' rights and certain legitimate interests of users<sup>53</sup> to the benefit of the latter. Not only can no one now be unaware that the listed cases reflect a legitimate interest<sup>54</sup>, but, in addition, the legislator resolves the conflict with authors' rights in their favour<sup>55</sup>. Indeed, the law is "an instrument to discriminate between interests [...], designed to reconcile them differently to what would result from a simple test of strength"<sup>56</sup>.

With regard to the particular cases of private copying and performance within the family circle, as natural limits to the economic rights<sup>57</sup>, the conclusion needs to be adjusted. Paragraphs 1 and 2 of Article L. 122-5 confine themselves to giving the outcome of the conflict as it might have been resolved without the rule of objective law. In the first place, the hypothesis of a conflict between *freedom of private use* and *authors' rights*, if it is accepted that the latter cover only the communication of works to the public, is improbable; and if by chance such a conflict were to arise, no trade-off would be required because the two prerogatives are not meant to rule over the same sphere, unlike freedom of expression which could form the basis of a claim to a public use of the work when in fact the author holds a right in that use. The solution is not contrary, therefore, to what it would have been without Article L. 122-5. The outcome of the conflict is preventive, as

*el interés del usuario en derecho subjetivo, sino que se da por satisfecho con que aquel prime sobre el derecho subjetivo del autor en determinadas hipótesis. La ley "zanja a priori un conflicto de intereses para darle ventaja a un interés sobre otro"<sup>52</sup>. Es eso, precisamente lo que hace el Artículo 122-5 del CPI. La regla de derecho objetivo posibilita el desenlace pacífico de litigios entre el derecho del autor y ciertos intereses legítimos de los usuarios<sup>53</sup> en provecho de estos últimos. No solamente ha quedado claro que nadie puede seguir ignorando que las hipótesis que están en la mira responden a un interés legítimo<sup>54</sup>, sino que además, el legislador resuelve el conflicto con el derecho de autor, en su a favor<sup>55</sup>. En efecto, el derecho es "un instrumento de discriminación de intereses (...) destinado a operar entre ellos una conciliación diferente de la que resultaría de la simple relación de fuerzas"<sup>56</sup>.*

*A propósito de los casos especiales de la copia privada y de la representación en el círculo familiar – límites naturales de los derechos patrimoniales –<sup>57</sup>, la conclusión debe ordenarse. Los apartes 1 y 2 del Artículo L. 122-5 se limitan a dar salida al conflicto tal como éste se hubiera podido resolver sin la regla de derecho objetivo. Para empezar, hay que decir que no es probable la hipótesis de que surja un conflicto entre la libertad de uso privado y el derecho de autor, si se admite que este último aprehende solamente la comunicación que de las obras se hace al público; y si llegara a presentarse en algún momento, no habría por qué llevar a cabo arbitraje alguno, ya que las dos prerrogativas no tienen vocación para reinar en el mismo terreno, al contrario de lo que ocurre con la libertad de expresión que sí podría fundar una pretensión en relación con un uso público de la obra cuando es el autor precisamente quien detenta un derecho sobre este uso. De modo, que la solución no es contraria a*

subjectif, mais il se contente de le faire primer sur le droit subjectif de l'auteur dans des hypothèses déterminées. L'article L. 122-5 «tranche *a priori* un conflit d'intérêts pour donner l'avantage à un intérêt sur un autre»<sup>52</sup>. La règle de droit objectif présente le dénouement pacifique de litiges entre le droit de l'auteur et certains intérêts légitimes des utilisateurs<sup>53</sup> au profit de ces derniers. Non seulement personne ne peut plus ignorer que les hypothèses visées répondent à un intérêt légitime<sup>54</sup>, mais en plus le législateur résout le conflit avec le droit de l'auteur en leur faveur<sup>55</sup>. Le droit est en effet «un instrument de discrimination des intérêts [...] destiné à opérer entre eux une conciliation différente de celle qui résulterait du simple rapport de forces»<sup>56</sup>.

À propos des cas particuliers de la copie privée et de la représentation dans le cercle de famille, limites naturelles aux droits patrimoniaux<sup>57</sup>, la conclusion doit être aménagée. Les alinéas 1 et 2 de l'art. L. 122-5 se contentent de donner l'issue du conflit tel qu'il aurait pu se résoudre sans la règle de droit objectif. Tout d'abord, l'hypothèse d'un conflit entre la *liberté d'usage privé* et le *droit d'auteur*, si l'on admet que celui-ci n'apprehende que la communication des œuvres au public, est improbable; et si jamais elle survenait, il n'y aurait pas d'arbitrage à faire puisque les deux prerogatives n'ont pas vocation à régner sur le même terrain, contrairement à la liberté d'expression qui pourrait fonder une prétention sur un usage public de l'œuvre alors que l'auteur détient précisément un droit sur cet usage. La solution n'est donc pas contraire à ce qu'elle aurait été sans l'article L. 122-5. Le dénouement du litige est préventif, comme dans



in the other paragraphs, but it is not reversed; it is simply acknowledged, i.e. inferred from the definition of the rights.

## II. INFLUENCING THE DUTY

When applying exceptions, the courts now have the power to put them through the three-step test, inserted in Article L. 122-5 IPC<sup>58</sup>, a fact, moreover, which some commentators regret<sup>59</sup>. The tool raises difficulties not least because it implies construing a legal situation from an economic angle<sup>60</sup>. It also seems capable of calling into question the situation of *imbalance* sought by the legislator. In other words, the three-step test could ruin the philosophy behind the whole system (A). It is absolutely necessary to think about how to implement the test in a manner coherent with the legislator's objectives and to ensure that the situation of imbalance continues (B).

### A. Unacceptability of Rebalancing the Situation between the Author and the Public

It has been shown that authors have a duty not to prohibit the exceptions, which all represent possibilities for users of works. The three-step test could upset the whole system either by alleviating the duty borne by authors (1) or by exaggerating the coverage of the possibilities afforded to the public (2); in both cases, this is unacceptable.

*la que habría existido sin el Artículo L. 122-5. El desenlace del litigio es preventivo como en los otros apartes, pero no derribado, sencillamente se constata, se deduce de la definición de los derechos.*

## II. EL DEBER INFLUENCIADO

*En el momento de aplicar las excepciones, el juez dispone, de ahí en adelante, del poder de cribarlas a través de la prueba de las tres etapas, inserta en el seno del Artículo L. 122-5<sup>58</sup>, facultad que por lo demás lamentan algunos de los miembros adeptos a la doctrina<sup>59</sup>. El instrumento suscita dificultades principalmente en cuanto a que supone interpretar una situación jurídica bajo un ángulo económico<sup>60</sup>. De igual modo, el instrumento parece ser capaz de encausar la situación de desequilibrio deseada por el legislador. Dicho en otros términos, la prueba de las tres etapas podría arruinar la filosofía del sistema en su totalidad (A). Se hace absolutamente necesaria una reflexión acerca de cómo poner en práctica la prueba de las tres etapas que sea coherente con los objetivos del legislador y obrar por que la situación de desequilibrio perdure (B).*

### A. Del rechazo por reequilibrar la situación entre el autor y el público

*Ha quedado demostrado que el autor tenía el deber de no prohibir las excepciones, las cuales representan otras tantas facultades para los destinatarios de las obras. La prueba de las tres etapas podría perturbar todo el sistema, bien sea aligerando el deber a cargo del autor (1) o bien exagerando la comprensión de las facultades por parte del público (2) lo que no es admisible ni en un caso, ni en otro.*

les autres alinéas, mais il n'est pas renversé, il est simplement constaté, déduit de la définition des droits.

## II. LE DEVOIR INFLUENCE

Au moment de l'application des exceptions, le juge dispose désormais du pouvoir de les passer au crible du test des trois étapes – inséré au sein de l'article L. 122-5<sup>58</sup> –, ce que regrettent d'ailleurs certains membres de la doctrine<sup>59</sup>. L'instrument suscite des difficultés notamment en ce qu'il suppose d'interpréter une situation juridique sous un angle économique<sup>60</sup>. Il semble également susceptible de remettre en cause la situation de *déséquilibre* souhaitée par le législateur. En d'autres termes, le test des trois étapes pourrait ruiner la philosophie de tout un système (A). Il est absolument nécessaire de réfléchir à une mise en œuvre cohérente du test avec les objectifs du législateur et faire en sorte que la situation de déséquilibre perdure (B).

### A. Le refus d'un rééquilibrage de la situation entre l'auteur et le public

Il a été démontré que l'auteur avait le devoir de ne pas interdire les exceptions qui représentent autant de facultés pour les destinataires des œuvres. Le test des trois étapes pourrait bouleverser tout le système soit en allégeant le devoir à la charge de l'auteur (1), soit en exagérant la compréhension des facultés du public (2), ce qui l'un comme l'autre n'est pas admissible.



### 1. Unacceptability of an Alleviated Duty

If the courts' handling of the three-step test may have the effect of calling into question the imbalances decided on beforehand by the legislator between the author's rights and the "interests" of the work's public, it becomes problematic. The courts should not have the power to reassess the "balance" between all these prerogatives. Such a "regulation process" goes against the principle of legal certainty. If the application of an exception is sometimes permitted and sometimes prohibited, then what "we have [...]" is the opposite to the flexibility of a law capable of meeting the interests of rightholders and those of the public<sup>61</sup>. If the courts decided to give authors' rights precedence over an exception despite the fact that it fulfils all the statutory conditions, it would be at odds with the fact that the legislator already resolved the conflict upstream. And the legislator did so precisely in order to avoid unfavourable outcomes for the holders of interests<sup>62</sup>. Moreover, the legislator could do so because the conditions of the three-step test were satisfied. A rule of objective law – Article L. 122-5 – was enacted to protect the holder of a legitimate interest without raising it to the status of a subjective right. It is because the user has only interests of this nature that the courts should apply the rule. It is catastrophic to give them the power to unmake it. Is amounts to diminishing, if not abrogating, the author's duty not to prohibit the listed uses and hence to depriving the provision of legal effect and legal certainty.

### 1. Del rechazo de un deber atenuado

*Si el juez mantiene el test de las tres etapas, esto puede conducir a poner en tela de juicio los desequilibrios que el legislador ha establecido en la fuente entre los derechos del autor y los "intereses" del público al que van destinadas las obras, lo que parece problemático. Luego, el juez no debería tener poder para proceder a una reevaluación de la "balanza", es decir del "equilibrio" que existe entre todas estas prerrogativas. Esta "lógica de la regulación" va contra el principio de seguridad jurídica. Si ora está permitido poner en obra una excepción y otrora está prohibido, "nos encontramos [...] frente a lo opuesto de lo que constituye la flexibilidad de un derecho capaz de responder tanto a los intereses de los derechohabientes como a los del público"<sup>61</sup>. Si el juez decidiera darle la supremacía al derecho del autor sobre una excepción, a pesar de ser evidente que ella llena todas las condiciones legales, esto equivaldría a contrariar el hecho de que el legislador ya ha resuelto el conflicto en la fuente. Y lo ha hecho precisamente con el propósito de evitarles salidas desfavorables a aquellos que poseen intereses<sup>62</sup>. Mejor aún, lo ha podido hacer porque las condiciones de la prueba (de las tres etapas) estaban satisfechas. El legislador ha dictado una regla de derecho objetivo – el Artículo L. 122-5 – para proteger a aquel que posee un interés legítimo sin por ello erigir este último en un derecho subjetivo. El juez debe aplicar la regla porque quien utiliza las obras solamente dispone de intereses de esa naturaleza. Darle [al juez] el poder de destruirla es catastrófico. Equivale a despojar la disposición de eficacia y de seguridad jurídicas.*

### 1. Le refus d'un devoir atténué

Si le maniement du test des trois étapes par le juge peut conduire à remettre en question les déséquilibres décidés en amont par le législateur entre les droits de l'auteur et les «intérêts» du public des œuvres, il s'avère problématique. Or le juge ne devrait pas avoir le pouvoir de procéder à une réévaluation de la «balance» entre toutes ces prérogatives. Cette «logique de régulation» va à l'encontre du principe de sécurité juridique. Si la mise en œuvre d'une exception est tantôt permise, tantôt interdite, «nous sommes [...] à l'opposé de la flexibilité d'un droit susceptible de répondre aux intérêts des ayants droit comme à ceux du public»<sup>61</sup>. Si le juge décidait de faire primer le droit de l'auteur sur une exception malgré le fait qu'elle remplisse toutes les conditions légales, cela contrarierait le fait que le législateur a déjà résolu le conflit en amont. Et il l'a précisément fait dans l'objectif d'éviter les issues défavorables aux détenteurs d'intérêts<sup>62</sup>. Mieux, il a pu le faire parce que les conditions du test étaient satisfaites. Le législateur a édicté une règle de droit objectif – l'article L. 122-5 –, pour protéger le détenteur d'un intérêt légitime sans ériger ce dernier en droit subjectif. C'est parce que l'utilisateur ne dispose que d'intérêts de cette nature que le juge doit appliquer la règle. Lui donner le pouvoir de la défaire est catastrophique. Cela revient à amoindrir voire à anéantir le devoir qu'a l'auteur de ne pas interdire les utilisations visées, et donc à priver la disposition d'efficacité et de sécurité juridiques.

In addition, if it is accepted that the exceptions should be characterised as *possibilities*<sup>63</sup>, then it is all the more impossible to call them into question because such prerogatives are discretionary in nature. As Roubier explains, "the law refers here to the decision of a person who can create a legal situation (or prevent its creation). And it is quite understandable that if the law affords a choice of this kind it is because the choice is going to be discretionary and may not be criticised for reasons other than those based on the absence of the statutory conditions. The natural consequence of this is the law's precision concerning the requirement of those conditions; it is necessary to be given clear information, without any possible ambiguity, on the legal validity of the option to be exercised. If it were otherwise, the choice would be meaningless"<sup>64</sup>. The courts cannot "assume the power to correct options taken by private individuals" without running the risk of "exposing third parties to regrettable surprises"<sup>65</sup>.

## 2. Unacceptability of an Extended Possibility

Just as the test should not systematically call the exceptions into question when the law's criteria have been met, nor should it lead to an over-generous and over-comprehensive approach to them. As *possibilities*, the exceptions laid down by the legislator may not, by nature, enjoy conditions of application that are no longer regulated and restricted as the law provided. It would not make any sense to divest them of their intrinsic characteristics because their existence is based on those strict conditions. If the courts took the liberty of approaching the possibilities in a very flexible manner,

*Por añadidura, si el calificativo de excepciones se asume en términos de facultades<sup>63</sup>, el hecho de ponerlas en tela de juicio es tanto más imposible cuanto que tal prerrogativa reviste un carácter discrecional. Como lo explica Roubier "la ley se remite aquí a la decisión de una persona que pueda hacer que nazca (o impedir que nazca) una situación jurídica. Y bien se comprende que, si ella abre una opción de este porte, es porque su elección va a ser discrecional, y no podrá ser objetada por razones distintas a las que se derivan de la falta de condiciones legales. De ahí, naturalmente, la precisión de la ley en cuanto a la exigencia de esas condiciones; es menester que la validez jurídica de la opción ejercida se fije sin ambigüedad alguna. Si ocurriera de otra manera, la opción no significaría nada"<sup>64</sup>. El juez no puede "atribuirse el poder de rectificar las opciones que han asumido los particulares", a riesgo de "exponer a los terceros a sorpresas lamentables"<sup>65</sup>.*

## 2. Del rechazo de una facultad amplia

*En la misma forma como la prueba de las tres etapas no debería sistemáticamente poner en entredicho las excepciones desde el momento en que se han satisfecho los criterios legales, tampoco debería conducir a aprehenderlas con excesiva generosidad y comprensión. Como facultades que son, las excepciones establecidas por el legislador no pueden, por su misma naturaleza, beneficiar de condiciones de aplicación que ya no estuvieran enmarcadas y enajadas tal y como lo ha previsto la ley. No tendría ningún sentido retirarles a las facultades sus características intrínsecas puesto que su existencia reposa en esas rigurosas*

De surcroît, si l'on retient une qualification des exceptions en termes de *facultés*<sup>63</sup>, leur remise en cause est d'autant plus impossible qu'une telle prérogative revêt un caractère discrétionnaire. Comme l'explique Roubier, «la loi se rapporte ici à la décision d'une personne qui pourra faire naître (ou empêcher de naître) une situation juridique. Et on comprend bien que, si elle ouvre un choix de cette sorte, c'est que son choix va être discrétionnaire, et ne pourra être critiqué pour d'autres raisons que celles tirées de l'absence des conditions légales. De là naturellement, la précision de la loi quant à l'exigence de ces conditions; il est nécessaire qu'on soit fixé sans ambiguïté possible, sur la validité juridique de l'option exercée. S'il en était autrement, le choix ne signifierait rien"<sup>64</sup>. Le juge ne peut «s'attribuer le pouvoir de rectifier les options prises par les particuliers», au risque «d'exposer les tiers à des surprises regrettables»<sup>65</sup>.

## 2. Le refus d'une faculté étendue

De la même manière que le test ne devrait pas remettre en cause systématiquement les exceptions dès lors que les critères légaux sont satisfaits, il ne devrait pas non plus conduire à les appréhender avec trop de générosité et de compréhension. En tant que *facultés*, les exceptions prévues par le législateur ne peuvent, par nature, bénéficier de conditions d'application qui ne seraient plus encadrées et corsetées comme l'a prévu la loi. Retirer aux facultés leurs caractéristiques intrinsèques n'aurait plus aucun sens puisque leur existence repose sur ces conditions rigoureuses. Si le juge se permettait



they would, by that very fact, alter the nature of what they are, namely exceptions to authors' subjective rights. In short, manipulating the three-step test as a way of approaching the exceptions – which, though prerogatives, are only possibilities – in a synthetic manner would then amount to treating authors' rights and the public's interests in the broad sense as equal. Yet only authors should enjoy such a comprehensive approach towards their prerogatives; the public, for its part, must make do with an analytic conception of its possibilities. This characterisation of the exceptions does not entitle the courts to handle the three-step test in a way that moves the cursor and transforms the exercise of a possibility into the exercise of a quasi right for the beneficiaries of creations. The search for a balance or weighing of interests is to be proscribed because there is precisely no balance or weighing of interests between prerogatives of equal value here<sup>66</sup>, but rather a necessary *harmonious imbalance* between unequal prerogatives. The imbalance stems from the fact that authors have rights and the public has exceptions, the harmony from the fact that authors have a duty towards the public in the enjoyment of its possibilities. The consequence of breaking this distorting mirror effect would be to call into question the original conception of *droit d'auteur*, and that is not acceptable.

Similarly, the three-step test could give the courts the power to create new exceptions. This tool would become a sort of "exception to the exceptions"<sup>67</sup>, comparable to "fair use"<sup>68</sup>. From the moment that no conflict with a normal exploitation of the work and no unreasonable prejudice for the author

*condiciones. Si el juez se permitiera abordarlas con una gran flexibilidad, por ese mismo acto desnaturalizaría lo que son, es decir excepciones a un derecho subjetivo del autor. En suma, manipular en forma sintética la prueba de las tres etapas como un medio para aprehender las excepciones – que desde luego son prerrogativas pero que no son más que facultades – conduciría entonces a poner en un pie de igualdad el derecho de autor y los intereses del público entendidos éstos en su amplio sentido. Luego, el autor es el único que debe gozar de esta manera de proceder comprensiva frente a sus prerrogativas; el público debe soportar una concepción analítica de sus facultades. Esta calificación de las excepciones no le autoriza al juez a manejar la prueba de las tres etapas de tal modo que el carro se desplace y transforme el ejercicio de una facultad en el ejercicio de un cuasi-derecho para los destinatarios de las creaciones. Debe proscribirse la búsqueda de un equilibrio o la ponderación de los intereses, porque, precisamente, no existe equilibrio ni manera de ponderar intereses entre prerrogativas de igual valor<sup>66</sup>, antes bien existe un necesario desequilibrio armónico entre prerrogativas desiguales. El desequilibrio se origina en el hecho de que el autor dispone de derechos y el público de excepciones; la armonía nace de que el autor tiene un deber respecto al público al hacer que éste disfrute de sus facultades. Quebrar este efecto de espejo deformante daría por resultado poner en tela de juicio la concepción original del derecho de autor. Y esto, es inadmisibile.*

*En este mismo orden de ideas, la prueba de las tres etapas podría darle al juez el poder de crear nuevas excepciones. Este instrumento se convertiría en una especie de "excepción a las excepciones"<sup>67</sup> capaz de compararse al fair use<sup>68</sup>. A partir del momento en que no se comprobare ningún atentado a la explotación normal*

de les approcher avec une grande souplesse, il dénaturerait par là-même ce qu'elles sont, c'est-à-dire des exceptions au droit subjectif de l'auteur. En somme, manipuler le test des trois étapes comme un moyen d'appréhender les exceptions – qui sont certes des prerogatives mais ne sont que des facultés – de manière synthétique reviendrait alors à mettre sur un pied d'égalité le droit de l'auteur et les intérêts du public au sens large. Or, seul l'auteur doit bénéficier de cette démarche compréhensive vis-à-vis de ses prerogatives; le public, lui, doit supporter une conception analytique de ses facultés. Cette qualification des exceptions n'autorise pas le juge à manier le test des trois étapes de sorte que le curseur se déplace et transforme l'exercice d'une faculté en l'exercice d'un quasi droit pour les destinataires des créations. La recherche d'équilibre ou la balance d'intérêts est à proscrire car précisément il n'existe pas d'équilibre ni de balance d'intérêts entre des prerogatives d'égale valeur<sup>66</sup>, mais plutôt un *déséquilibre harmonieux* nécessaire entre des prerogatives inégales. Le déséquilibre vient de ce que l'auteur dispose de droits et le public d'exceptions; l'harmonie provient de ce que l'auteur a un devoir envers le public dans la jouissance de ses facultés. Briser cet effet de miroir déformant aurait pour effet de remettre en cause la conception originelle du droit d'auteur. Et cela n'est pas admissible.

Dans le même ordre d'idées, le test des trois étapes pourrait donner au juge le pouvoir de créer de nouvelles exceptions. Cet instrument deviendrait une sorte de "d'exception aux exceptions"<sup>67</sup> susceptible d'être comparée au *fair use*<sup>68</sup>. Dès lors qu'aucune atteinte à l'exploitation normale



were found, any use could escape the author's control. However, unlike fair use which has no condition requiring a "special case", the three-step test does. It is important to bear in mind that the three-step test is not an "opening to unnamed exceptions"<sup>69</sup>. The test's mechanism is closer to "fair dealing", the British and Canadian version of the three-step test<sup>70</sup>, except that the concept is not defined in the law. In fact, the court will consider in the first place whether the matter falls within one of the cases contemplated by the legislator. Once this question has been resolved, if the exception is provided for in the law and only then, the court will have to determine whether this practice is equitable, i.e. fair. This second stage of the reasoning process, determined by the courts in the course of their decisions, resembles the conditions laid down for fair use. "There is thus an element of assessment and flexibility"<sup>71</sup> in this phase. Despite the fact that the exceptions accepted as fair dealing are set out in detail in the law, the courts retain wide powers of assessment<sup>72</sup>. However, the test's similarity to fair dealing is in strong tension with the foundations of the system of French *droit d'auteur*<sup>73</sup>.

The French legislator's choice of a system in which authors hold subjective rights and duties and the public is afforded possibilities needs to be able to be preserved when the courts use the three-step test.

*de la obra y ningún perjuicio injustificado al autor, cualquier tipo de utilización podría escapar al control del autor. Pero, a diferencia del fair use que no requiere de una condición que exija un "caso especial", la prueba de las tres etapas sí requiere esta condición. No hay que perder de vista que la prueba de las tres etapas no es "un caso de apertura a excepciones sin denominación"<sup>69</sup>. El mecanismo de esta prueba se acerca más del fair dealing, versión británica y canadiense de la prueba de las tres etapas<sup>70</sup>, con la sola diferencia de que la noción no está definida en la ley. De hecho, el juez va a preguntarse previamente si el caso tiene que ver con alguna de las hipótesis previstas por el legislador. Una vez resuelta esta cuestión, si la excepción está prevista en la ley y solamente si es así, el juez deberá determinar si esta práctica es equitativa, es decir fair. Esta segunda etapa del razonamiento, que ha sido determinada por los jueces a lo largo de sus decisiones, se asemeja a las condiciones que presenta el fair use. "Hay, entonces, una parte de apreciación y de flexibilidad"<sup>71</sup> durante esta fase. Pese al hecho de que las excepciones admitidas a título de fair dealing se contemplan en la ley de manera detallada, el juez conserva un amplio poder de apreciación<sup>72</sup>. Este parecido de la prueba de las tres etapas con el fair dealing contraría fuertemente sin embargo los fundamentos del sistema de derecho de autor francés<sup>73</sup>.*

*La elección que ha hecho el legislador francés de un sistema en el cual el autor detenta derechos subjetivos y deberes y el público dispone de facultades, debe poderse salvaguardar cuando el juez utilice la prueba de las tres etapas.*

de l'œuvre et qu'aucun préjudice injustifié envers l'auteur ne seraient constatés, toute utilisation pourrait échapper au contrôle de l'auteur. Mais, à la différence du *fair use* qui ne pose pas de condition exigeant un «cas spécial», le test des trois étapes la requiert. Il ne faut pas perdre de vue que le test des trois étapes n'est pas «un cas d'ouverture à des exceptions innomées»<sup>69</sup>. Le mécanisme du test se rapproche davantage du *fair dealing*, version britannique et canadienne du test des trois étapes<sup>70</sup>, à ceci près que la notion n'est pas définie dans la loi. De fait, le juge va préalablement se demander si le cas relève d'une des hypothèses prévues par le législateur. Une fois cette question résolue, si l'exception est prévue par la loi et seulement s'il en est ainsi, le juge devra déterminer si cette pratique est équitable, c'est-à-dire *fair*. Cette seconde étape du raisonnement, qui a été déterminée par les juges au fil de leurs décisions, ressemble aux conditions posées par le *fair use*. «Il y a donc une part d'appréciation et de souplesse»<sup>71</sup> lors de cette phase. Malgré le fait que les exceptions admises au titre du *fair dealing* soient envisagées de façon détaillée dans la loi, le juge garde un large pouvoir d'appréciation<sup>72</sup>. Mais cette ressemblance du test avec le *fair dealing* contrarie fortement les fondements du système de droit d'auteur français<sup>73</sup>.

Le choix, par le législateur français, d'un système où l'auteur détient des droits subjectifs et des devoirs et où le public dispose de facultés doit pouvoir être sauvegardé lorsque le juge utilise le test des trois étapes.

## B. The Preservation of a Harmonious Imbalance

The three-step test should be construed by the courts in such a way that it could not call into question the original balances established by the legislator. On the one hand, the three-step test should not be viewed by the courts as an additional condition that exceptions must satisfy and, on the other, it should not lead them to adopt an approach of the fair use type<sup>74</sup>. Rather, the tool should serve as a guide to them in developing a more adaptive conception of the law's criteria<sup>75</sup>. Viewed in that way, the test would have the virtue of adapting the comprehension of the exceptions to changes in society, either towards greater flexibility or towards a stricter approach<sup>76</sup>. The idea would be simply to breathe a bit of flexibility into the courts' interpretation. In short, the test could serve as endorsement for a different assessment of the statutory requirements, either more open or more rigorous. The courts should be able to adapt their understanding of the criteria imposed by the law. And unlike fair dealing which addresses the question of fair use only once the conditions set by the law have been fulfilled, it would be more a matter here of instilling greater flexibility within the concepts as such. At the same time, it should be borne in mind that the exceptions, as possibilities, must remain conditional, thus precluding any shift towards their unconditional character. Conversely, an overly narrow view of the exceptions should be avoided. The strict application of the exceptions can be perceived as a happy medium between a generous application and a restrictive one<sup>77</sup>.

## B. De la preservación de un desequilibrio armónico

*El juez debería leer la prueba de las tres etapas de tal modo que no le llevase a poner en entredicho los equilibrios originales consagrados por el legislador. Por una parte, el juez no debería considerar la prueba de las tres etapas como una condición suplementaria que debieran satisfacer las excepciones; y por otra parte, tampoco debería autorizarlo a adoptar un procedimiento de tipo fair use<sup>74</sup>. El instrumento debería servirle más bien como una guía para concebir los criterios legales<sup>75</sup> en forma evolutiva. Concebida de esta manera, la prueba de las tres etapas tendría el mérito de adaptar la comprensión de las excepciones a la evolución de la sociedad, entendiendo esto último en el sentido de una mayor flexibilidad o de un mayor rigor<sup>76</sup>. La idea sería, simplemente la de inyectar algo de flexibilidad a la interpretación de los jueces. En definitiva, el test podría servir como caución para interpretar de manera distinta – o más abierta o más rigurosa – las exigencias legales. Los jueces deberían poder contribuir a que evolucionara su propia comprensión de los criterios que la ley impone. Y, al contrario de lo que ocurre con el fair dealing, el cual sólo se interesa en el tema del uso leal una vez satisfechas las condiciones establecidas en la ley, de lo que se trataría aquí más bien sería de instilar una mayor flexibilidad sobre los conceptos. De hacerlo así, conviene tener en mente que las excepciones, como facultades que son, deben seguir estando condicionadas, lo cual excluye cualquier tipo de deriva hacia la incondicionalidad al mismo tiempo que hacia un encajonamiento demasiado restrictivo, categórico. La aplicación estricta de las excepciones puede concebirse como el justo medio entre una aplicación generosa y una aplicación restrictiva<sup>77</sup>.*

## B. La préservation d'un déséquilibre harmonieux

Le test des trois étapes devrait être lu par le juge d'une manière telle qu'il ne pourrait pas remettre en cause les équilibres originels consacrés par le législateur. D'une part le juge ne devrait pas envisager le test des trois étapes comme une condition supplémentaire que les exceptions devraient satisfaire; et d'autre part, il ne devrait pas non plus adopter une démarche de type *fair use*<sup>74</sup>. L'instrument devrait plutôt lui servir de guide dans le sens d'une conception plus évolutive des critères légaux<sup>75</sup>. Ainsi conçu, le test aurait le mérite d'adapter la compréhension des exceptions aux évolutions de la société, dans le sens d'une plus grande souplesse ou dans celui d'une plus grande rigueur<sup>76</sup>. L'idée serait simplement d'insuffler un peu de souplesse dans l'interprétation des juges. En définitive, le test pourrait servir de caution à une appréciation différente, soit plus ouverte soit plus rigoureuse, des exigences légales. Les juges devraient pouvoir faire évoluer leur compréhension des critères imposés par la loi. Et contrairement au *fair dealing* qui ne s'intéresse à la question de l'usage loyal qu'une fois les conditions fixées par la loi remplies, il s'agirait plus, ici, d'instiller davantage de flexibilité au sein même des concepts. Ce faisant, il convient de garder à l'esprit que les exceptions, en tant que facultés, doivent rester conditionnées, ce qui exclut toute dérive vers l'inconditionnalité. À l'opposé, une compréhension trop sévère est à proscrire. L'application stricte des exceptions peut être appréhendée comme un juste milieu entre une application généreuse et une application restrictive<sup>77</sup>.



However, the question then is whether the courts really need the three-step test's endorsement to interpret the exceptions with greater flexibility. Indeed, "the strict application of a derogatory provision does not prevent it from being applied to the full extent of its *raison d'être*"<sup>78</sup>. It is up to the courts "to apply the exceptions in their spirit, by giving them their full scope"<sup>79</sup>. A case in point is the exception for short quotation which the Court of Cassation goes to lengths to contain within overly narrow limits by systematically refusing to apply it to non-literary works, when Article L. 122-5(3)(a) does not make a distinction between the categories of works<sup>80</sup>. The Court also persists in holding that the reproduction<sup>81</sup> or representation<sup>82</sup> of a work in full, whatever its form and duration, cannot be viewed as short quotation. Indeed, interpreters could assess a quotation's shortness differently when dealing with the reproduction or representation of a work so that its reproduction in a very reduced or thumbnail format<sup>83</sup> or a very short transmission even in full could benefit from the exception<sup>84</sup>. The requirement of shortness could relate to the format for reproduction and the duration for presentation and performance. A more open interpretation<sup>85</sup> would not only prevent the courts from closeting themselves in a narrow conception, at the risk of prompting a brutal reaction on the part of the legislator to quash their case law<sup>86</sup>, but would also reduce the temptation to create new exceptions because, by broadening the original concepts, the courts could apply the existing exceptions to cases that were not foreseen by the legislator<sup>87</sup>. Conversely, over-generous interpretations of certain exceptions could be called into question by the courts thanks to the three-step test if those exceptions had an increased

*Pero cabe aún preguntarse si realmente el juez tiene necesidad de hacer uso de la prueba de las tres etapas para interpretar las excepciones con una mayor flexibilidad. Efectivamente, "la aplicación estricta de una disposición derogatoria no excluye que se haga en toda su medida, es decir en lo que es su razón de ser"<sup>78</sup>. Les corresponde principalmente a los jueces "aplicar las excepciones conforme a lo que es su espíritu, dándoles todo su alcance"<sup>79</sup>. Pensamos principalmente, en la excepción de cita corta que la Corte de Casación se esfuerza por enmarcar dentro de límites demasiado restrictivos negándose sistemáticamente a aplicarla a obras no literarias, mientras que el Artículo L. 122-5, 3º a) no establece ninguna distinción entre las diversas categorías de obras<sup>80</sup>. De igual modo, la Corte persiste en considerar que la reproducción<sup>81</sup> o la representación<sup>82</sup> integral de una obra, cualquiera que sea su forma o su duración, no puede analizarse como una cita corta. Desde luego, los intérpretes podrían apreciar de manera distinta la brevedad de la cita cuando se trata de reproducir la obra o de representarla, de suerte que la reproducción de una obra en un formato muy reducido<sup>83</sup> o en una difusión muy breve, incluso integral, pueda gozar del beneficio de la excepción<sup>84</sup>. La exigencia de brevedad podría referirse al formato, para la reproducción, y a la duración para la representación. El hecho de interpretarla con mayor apertura<sup>85</sup> conduciría de una parte, a evitar encerrarlas en una concepción exigua y que corran el riesgo de provocar una reacción brutal de parte del legislador para casar su jurisprudencia<sup>86</sup>, y de otra parte, alejaría la tentación de crear nuevas excepciones puesto que, al ampliar los conceptos de origen, los jueces podrían aplicar las excepciones existentes a casos no contemplados por el legislador<sup>87</sup>. Por otro lado, el juez podría poner en tela de juicio una interpretación demasiado generosa*

Mais il faut alors se demander si le juge a réellement besoin de la caution du test des trois étapes pour interpréter avec plus de flexibilité les exceptions. En effet, «l'application stricte d'une disposition dérogatoire n'exclut pas qu'elle soit faite dans toute la mesure de sa raison d'être»<sup>78</sup>. Il appartient aux juges «d'appliquer les exceptions dans leur esprit, en leur donnant toute leur portée»<sup>79</sup>. On pense notamment à l'exception de courte citation que la Cour de cassation s'évertue à encadrer dans des limites trop restrictives en refusant systématiquement de l'appliquer aux œuvres non littéraires alors que l'article L. 122-5, 3° a) ne distingue pas entre les catégories d'œuvres<sup>80</sup>. Elle persiste également à juger que la reproduction<sup>81</sup> ou la représentation<sup>82</sup> intégrale d'une œuvre, quelles que soient sa forme et sa durée, ne peut s'analyser en une courte citation. Les interprètes pourraient en effet apprécier différemment la brièveté de la citation quand il s'agit de reproduire l'œuvre ou de la représenter, de sorte qu'une reproduction d'une œuvre dans un format très réduit<sup>83</sup> ou qu'une diffusion très brève, même intégrale, puisse bénéficier de l'exception<sup>84</sup>. L'exigence de brièveté pourrait tenir au format pour la reproduction, et à la durée pour la représentation. Une interprétation plus ouverte<sup>85</sup> permettrait, d'une part, de leur éviter de s'enfermer dans une conception étriquée et de risquer de provoquer une réaction brutale du législateur pour casser leur jurisprudence<sup>86</sup>, et d'autre part, éloignerait la tentation de créer de nouvelles exceptions puisqu'en élargissant les concepts d'origine, les juges pourraient appliquer les exceptions existantes à des cas non prévus par le législateur<sup>87</sup>. Dans l'autre sens, une interprétation trop généreuse de certaines exceptions pourrait être



economic impact in the context of the new digital environment. This is what is suggested in recital 44 of the "Information Society" Directive of 22 May 2001<sup>88</sup>. The three-step test could then act as a corrective in each condition laid down by the law. In the end, the test is not very useful for interpreting the exceptions because the courts already have the necessary tools for a fair and appropriate understanding of them. All they have to do is to adopt a "reasonable" approach<sup>89</sup>.

A non-aggressive reading of the test, which would merely expose the obvious, has been proposed. As soon as an act of use of the work exceeds the conditions set by the legislator to enjoy the exception, the act undeniably conflicts with a normal exploitation of the work and unreasonably prejudices the author's interests. It is true that the three-step test is often cited to remedy the bane of private copying. However, it is not so much the exception as such that is problematic but rather the circulation of private copies outside the family circle. And once private copying extends beyond the family and close friends, it is no longer entitled to benefit from the exception and becomes an act that has not been authorised by the rightholders, i.e. an infringement. It could then be argued that the three-step test does not serve to repudiate the exceptions but simply to identify an unauthorised act of exploitation, i.e. an act of infringement<sup>90</sup>.

*de algunas excepciones, gracias a la prueba de las tres etapas si éstas dejan entrever una acrecentada incidencia económica en el marco del nuevo medio-ambiente numérico. Es lo que sugiere el Considerando número 44 de la Directriz "sociedad de la información" del 22 de mayo de 2001<sup>88</sup>. La prueba de las tres etapas podría actuar entonces como correctivo en cada condición establecida por la ley. Finalmente, la prueba de las tres etapas no presenta gran utilidad en cuanto a cómo interpretar las excepciones porque el juez ya dispone de las herramientas necesarias para una comprensión adaptada y justa de éstas. Le basta con abordarlas de manera "razonable"<sup>89</sup>.*

*El Profesor Gaudrat ha propuesto una lectura inofensiva de la prueba de las tres etapas, que no haría más que denunciar lo que ya es evidente. Desde el momento en que el acto de utilización de la obra sobrepasa las condiciones establecidas por el legislador para gozar del beneficio de la excepción, es innegable que el acto constituye un atentado contra la explotación normal de la obra y le causa un perjuicio injustificado al autor. Es cierto que la prueba de las tres etapas se invoca, con frecuencia, como remedio a la plaga de la copia privada. Pero no es tanto esta excepción la que plantea problemas como lo es que esta copia privada circule por fuera del círculo familiar. Y desde el momento en que la copia privada circula más allá de los íntimos, ya no puede gozar del beneficio del régimen de excepción y se convierte en un acto no autorizado por el titular de los derechos, es decir, en un acto de falsificación. Lo que nos lleva a sostener entonces, que la prueba de las tres etapas no sirve para negar las excepciones, sino simplemente para identificar un acto de explotación no autorizado, es decir, una falsificación<sup>90</sup>.*

remise en cause par le juge grâce au test des trois étapes si ces dernières affichent une incidence économique accrue dans le cadre du nouvel environnement numérique. C'est ce que suggère le considérant n° 44 de la directive «société de l'information» du 22 mai 2001<sup>88</sup>. Le test des trois étapes pourrait alors agir comme correctif au sein de chaque condition posée par la loi. Finalement, le test ne présente pas beaucoup d'utilité pour l'interprétation des exceptions puisque le juge dispose déjà des outils nécessaires à une compréhension adaptée, juste de celles-ci. Il lui suffit d'adopter une démarche «raisonnable»<sup>89</sup>.

Une lecture inoffensive du test, qui ne ferait que dénoncer l'évidence, a été proposée par le Professeur Gaudrat. Dès que l'acte d'utilisation de l'œuvre outrepassé les conditions fixées par le législateur pour bénéficier d'une exception, il est indéniable que l'acte porte atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et cause un préjudice injustifié à l'auteur. Il est vrai que le test des trois étapes est souvent évoqué pour remédier au fléau de la copie privée. Mais ce n'est pas tant cette exception qui pose problème, que la circulation de cette copie privée en dehors du cercle de famille. Et dès lors que la copie privée circule au-delà des intimes, elle ne peut plus bénéficier du régime d'exception et devient un acte non autorisé par le titulaire de droits, c'est-à-dire une contrefaçon. Il pourrait alors être soutenu que le test ne sert pas à désavouer les exceptions, mais simplement à identifier un acte d'exploitation non autorisé, c'est-à-dire une contrefaçon<sup>90</sup>.

In addition, if the courts apply the three-step test to the right's natural limits, namely communication within the family circle and private copying, there is a risk that they may create new rights in favour of authors who should not have control over such acts. Yet the conditions of the test prevent such a shift and require a distinction to be made between limits and exceptions. The reference to a "normal exploitation" of the work thus implies that there is an exploitation to be evaluated. As "only what is controllable through the exploitation right constitutes an exploitation", it follows that, by definition, what the exploitation right does not control cannot be an exploitation<sup>91</sup>. So reading aloud and private copies, etc. within a family circle are not acts of exploitation. As to the criterion of "unreasonable prejudice", it does not stand in the way of the test's inapplicability to the natural limits. If there is no act of exploitation, there can be no prejudice<sup>92</sup>. Accordingly, the test should not apply to communications within the family circle and to copies for private use<sup>93</sup>.

### III. BREACHING THE DUTY

Article L. 122-5 IPC establishes *possibilities* for the work's public and simultaneously imposes a *duty* on authors not to prohibit them. A subjective right does not necessarily have to be granted in order to safeguard these interests<sup>94</sup>; it is enough to formulate a rule of objective law as in Article L. 122-5. It may be interesting now to consider the legal scope of this provision. What would happen if an

*Además, si el juez aplica la prueba de las tres etapas a lo que son los límites naturales del derecho como las comunicaciones y las copias privadas en el círculo familiar, corre el riesgo de crear nuevos derechos en provecho del autor, el cual no debería tener ingerencia en tales actos. Ahora bien, las condiciones de la prueba de las tres etapas ignoran o no toman en cuenta el hecho de que se produzca esta deriva y obligan a establecer una diferencia entre los límites y las excepciones. Por lo tanto, evocar un alentado contra "la explotación normal" de la obra deja suponer que hay una explotación por evaluar. Ahora bien, "solamente constituye una explotación lo que es controlable bajo la égida del derecho de explotación". En consecuencia, "lo que, por definición, no controla el derecho de explotación no puede ser una explotación"<sup>91</sup>. De este modo, las lecturas en alta voz en el seno del círculo familiar, las copias privadas... no son actos de explotación. Por lo que al criterio del "perjuicio injustificado" se fiefiere, éste, no es un obstáculo para no aplicar el test a los límites naturales. Puesto que no existe acto de explotación, tampoco puede existir perjuicio<sup>92</sup>. De modo, que la prueba de las tres etapas no debería aplicarse a las comunicaciones en el círculo familiar ni a las copias para uso privado<sup>93</sup>.*

### III. EL DEBER INFRINGIDO

*El Artículo L. 122-5 del CPI consagra facultades en beneficio del público destinatario de las obras y simultáneamente le impone al autor el deber de no prohibirlas. La salvaguarda de los intereses no pasa necesariamente por reconocer un derecho subjetivo<sup>94</sup>, sino formulando una regla de derecho objetivo como lo hace el Artículo L. 122-5. Resulta interesante ahora preguntarse acerca del alcance jurídico de esta disposición. ¿Qué sucedería si un autor*

En outre, si le juge applique le test des trois étapes aux limites naturelles au droit que sont les communications dans le cercle de famille et les copies privées, il risque de créer de nouveaux droits au profit de l'auteur qui ne devrait pas avoir d'emprise sur de tels actes. Or les conditions du test empêchent une telle dérive et obligent à faire une différence entre les limites et les exceptions. L'évocation d'une atteinte à «l'exploitation normale» de l'œuvre suppose donc qu'il y ait une exploitation à évaluer. Or «ne constitue une exploitation que ce qui est contrôlable au titre du droit d'exploitation». Donc, «ce que ne contrôle pas le droit d'exploitation, par définition, ne peut pas être une exploitation»<sup>91</sup>. Ainsi les lectures à haute voix au sein d'un cercle de famille, les copies privées... ne sont pas des actes d'exploitation. Quant au critère du «préjudice injustifié», il ne fait pas obstacle à l'inapplicabilité du test aux limites naturelles. Dès lors qu'il n'existe pas d'acte d'exploitation, il ne peut y avoir de préjudice<sup>92</sup>. Ainsi le test ne devrait pas s'appliquer aux communications dans le cercle de famille et aux copies à usage privé<sup>93</sup>.

### III. LE DEVOIR ENFREINT

L'article L. 122-5 du CPI consacre des *facultés* au profit du public des œuvres et impose simultanément à l'auteur le *devoir* de ne pas les interdire. La sauvegarde des intérêts ne passe pas nécessairement par la reconnaissance d'un droit subjectif<sup>94</sup>, mais par la formulation d'une règle de droit objectif comme l'article L. 122-5. Il s'avère intéressant à présent de s'interroger sur la portée juridique de cette disposition. Que se passerait-il si l'auteur décidait



author decided to bring an action for infringement against a user who engaged in a form of use of a work covered by an exception (A)? At the extreme, in a situation where a user was unable to benefit from an exception because the author had not respected the *duty* not to prohibit the use, could the user bring an action against the author (B)?

#### A. Possibility for the Public of Advancing a Defence in an Infringement Action

By granting the public *possibilities* of using works and by simultaneously imposing on authors the *duty* not to prevent them, Article L. 122-5 IPC affords the beneficiaries of exceptions the possibility of advancing a means of defence requiring authors to respect "the rules protecting those interests which have not been raised to the status of subjective rights"<sup>95</sup>. Therefore, users find themselves in the position of those "who claim only the application of a rule of objective law in their favour"<sup>96</sup>. If an author decided to bring an infringement suit against a user who had exercised one of the exceptions, the user could demand in his defence the application of a pre-established general status in his favour<sup>97</sup>. To the extent that the user benefits from an exception to authors' rights in the form of a rule of objective law protecting users' interests, the user should be spared suits of this kind<sup>98</sup>. Users are indeed afforded a right, but not a subjective one, just a "right" to defend themselves<sup>99</sup>. Accordingly, although the prohibition that the law imposes on authors does not enable users to claim a subjective right, it is not "devoid of any practical effectiveness"<sup>100</sup>. Moreover, the courts recently took a stand to that effect by

*decidiera intentar una acción por falsificación contra el usuario de una obra cubierta por una excepción (A)? Llevado al extremo, el usuario que no pudiese gozar del beneficio de una excepción porque el autor no hubiera respetado su deber de no prohibirlo, ¿podría entablar acaso una acción contra él (B)?*

#### A. De la posibilidad que tiene el público de defenderse ante una acción por falsificación

*Al acordarle facultades de utilización al público al que van destinadas las obras, y al imponerle simultáneamente al autor el deber de no prohibirla, el Artículo L. 122-5 del CPI organiza para los destinatarios de las excepciones la posibilidad de avanzar un medio de defensa que consiste en exigir que los autores respeten "las reglas protectoras de esos intereses no erigidos en derechos subjetivos"<sup>95</sup>. El usuario se encuentra entonces en la situación de quien "solamente reclama la aplicación de una regla de derecho objetivo en su provecho"<sup>96</sup>. Si un autor decidiera incoar una acción por falsificación con respecto a un usuario que hubiere ejercido una de las excepciones, éste, podría defenderse requiriendo la aplicación de un estatuto general previamente establecido en su provecho<sup>97</sup>. Al beneficiarse de una regla de excepción al derecho de autor, que es una regla de derecho objetivo que protege sus intereses, se le ahorra al usuario este género de imputación<sup>98</sup>. Queda revestido, desde luego, con un derecho, pero no con un derecho subjetivo, tiene, simplemente, "derecho" a defenderse<sup>99</sup>. De este modo, aunque el hecho de dictarle al autor la prohibición legal no le permita al usuario prevalerse de un derecho subjetivo, no por eso "carece de eficacia práctica"<sup>100</sup>. Además, los jueces se han pronunciado*

d'intenter une action en contrefaçon contre l'utilisateur qui se livrerait à un usage d'une œuvre couvert par une exception (A)? À l'extrême, l'utilisateur qui ne pourrait pas bénéficier d'une exception car l'auteur n'aurait pas respecté son *devoir* de ne pas l'interdire, pourrait-il intenter une action contre lui (B)?

#### A. Possibilité de défense du public lors d'une action en contrefaçon

En accordant au public des œuvres des *facultés* d'utilisation et en imposant simultanément à l'auteur le *devoir* de ne pas les interdire, l'article L. 122-5 du CPI aménage pour les destinataires d'exceptions la possibilité d'avancer un moyen de défense qui consiste à exiger que les auteurs respectent «les règles protectrices de ces intérêts non érigés en droits subjectifs»<sup>95</sup>. L'utilisateur se retrouve donc dans la situation de celui «qui réclame seulement l'application d'une règle de droit objectif à son profit»<sup>96</sup>. Si un auteur décidait d'engager une action en contrefaçon à l'égard d'un utilisateur qui aurait exercé l'une des exceptions, celui-ci pourrait se défendre en requérant l'application d'un statut général préétabli à son profit<sup>97</sup>. Bénéficiant d'une règle d'exception au droit d'auteur, qui est une règle de droit objectif protectrice de ses intérêts, l'utilisateur doit être épargné de ce genre de grief<sup>98</sup>. Il est bien investi d'un droit, mais pas d'un droit subjectif, simplement d'un «droit» de se défendre<sup>99</sup>. Ainsi, bien que l'édiction de l'interdiction légale faite à l'auteur ne permette pas à l'utilisateur de se prévaloir d'un droit subjectif, elle n'est pas pour autant «démunie d'efficacité



holding that "private copying can be put forward as a defence in a legal action, notably for infringement, assuming that the statutory requirements are met"<sup>101</sup>.

In particular, the fact of claiming a "right" to engage in private copying seems to reflect the transposition of a problem of objective law into a problem of subjective law<sup>102</sup>. The question is less whether users have a "right" to carry out private copying than whether there is a situation protected by objective law under Article L. 122-5(2) IPC.

In the particular context of private copying viewed in terms of a natural limit to the reproduction right rather than as an exception, the fact that the law prohibits authors from preventing it does not have the effect of removing the practice of private copying from their monopoly because, by definition, it falls outside that monopoly. Therefore, it is less a prohibition on authors preventing them from acting – which suggests that they could act – than an *inability to act*, in that private use lies outside the author's control. The prohibition decreed by the legislator does not create a new legal situation by removing an act lying within the author's economic sphere; it merely acknowledges a consequence of the definition of the reproduction right.

If the public does not have the possibility of taking legal action against authors based on a subjective right – because the public does not hold such a right – does this mean that no legal

*recientemente en esta dirección al estimar que "la copia privada – considerando que todas las condiciones legales se han cumplido – puede oponerse en caso de tener que defenderse frente a una acción, principalmente por falsificación"*<sup>101</sup>.

*Parecería que reclamar, en particular, un "derecho" a la copia privada pone de manifiesto la transposición de un problema de derecho objetivo en un problema de derecho subjetivo*<sup>102</sup>. No se trata tanto de saber si los usuarios disponen de un "derecho" a la copia privada, como de saber si se trata de una situación protegida por el derecho objetivo en el marco del Artículo L. 122-5-2° del CPI.

*En el contexto especial de la copia privada entendida ésta en términos de límite natural al derecho de reproducción y no de excepción, esta prohibición legal que tiene el autor de no impedirla, no tiene por objeto retirar esta práctica de su monopolio ya que, por definición, se le escapa. De modo, que no es la prohibición de actuar lo que se le aplica al autor – cosa que sugiere el hecho de que podría hacerlo – sino antes bien la incapacidad para actuar, en el sentido de que el uso privado se sitúa fuera del control del autor. La prohibición dictada por el legislador no crea una situación jurídica nueva que deba entenderse como que suprime un acto que hace parte de la esfera patrimonial del autor, lo que el legislador hace, únicamente, es constatar una consecuencia de la definición del derecho de reproducción.*

*En efecto, si para acudir a la justicia el público no dispone de una acción fundada en un derecho subjetivo ejercido contra el autor – puesto que no es titular – quiere decir esto que no dispondría de*

pratique"<sup>100</sup>. Récemment, les juges se sont d'ailleurs prononcés en ce sens en estimant que «la copie privée peut être, à supposer les conditions légales remplies, opposée pour se défendre à une action, notamment en contrefaçon»<sup>101</sup>.

Il semble que la réclamation, en particulier, d'un «droit» à la copie privée soit révélatrice de la transposition d'un problème de droit objectif en un problème de droit subjectif<sup>102</sup>. Il ne s'agit pas tant de savoir si les utilisateurs disposent d'un «droit» à la copie privée, que de savoir s'il s'agit d'une situation protégée par le droit objectif dans le cadre de l'article L. 122-5, 2° du CPI.

Dans le contexte particulier de la copie privée appréhendée en termes de limite naturelle au droit de reproduction et non d'exception, cette interdiction légale qu'a l'auteur de ne pas l'empêcher n'a pas pour effet de retirer cette pratique de son monopole puisqu'elle lui échappe par définition. Ce n'est donc pas tant une défense d'agir faite à l'auteur – ce qui suggère le fait qu'il pourrait le faire – qu'une *incapacité d'agir* dans le sens où l'usage privé se situe hors contrôle de l'auteur. L'interdiction édictée par le législateur ne crée pas une situation juridique nouvelle en retirant un acte faisant partie de la sphère patrimoniale de l'auteur, mais ne fait que constater une conséquence de la définition du droit de reproduction.

Si, en effet, le public ne dispose pas d'une action en justice envers l'auteur fondée sur un droit subjectif – puisqu'il n'en est pas titulaire – est-ce à dire qu'il ne disposerait d'aucune action en justice? Si l'auteur ne respecte

action is available to the public? If authors fail to respect their duty not to interfere with the exceptions, could users have access to an action other than to defend themselves in an action for infringement initiated by an author? Could users take action against authors if they breach their duty?

### B. Possibility for the Public of Taking Legal Action against Authors

Does the fact that the public has no subjective right to the exceptions necessarily deprive it of the possibility of taking legal action? In fact, this amounts to asking whether the availability of legal action is always tied to the prior existence of a subjective right.

It is apparent that certain legal actions exist independently of any prior right. Their objective is simply to "redress breaches and draw the consequences from them"<sup>103</sup>. Examples include<sup>104</sup> tort actions, revocation actions and actions for unfair competition, none of which are based on the existence of a pre-established subjective right. In these cases, an interest is legally protected<sup>105</sup>; for example, an action for civil liability in tort protects the interest of the victim of damage in obtaining compensation. According to Roubier, a legal action that is independent of a prior right does not address a right of the plaintiff but a duty of the defendant<sup>106</sup>. Such is the case of a tort action which provides a remedy against a person who has not respected the duty not to cause damage to others, a revocation action which provides a remedy against a person who has not respected the duty to check the

*ninguna acción ante la justicia? Si el autor no respeta su deber renunciando a atender contra las excepciones, ¿podría gozar, el usuario, del beneficio de una acción distinta a la que consiste en defenderse contra una acción por falsificación desencadenada por el autor? ¿Podría, el usuario, actuar contra el autor cuando este viola su deber?*

### B. De la posibilidad que tiene el público de entablar una acción ante la justicia contra el autor

*El hecho de que el público no disponga de un derecho subjetivo a las excepciones, ¿lo priva necesariamente de entablar una acción por ante la justicia? En resumidas cuentas, eso conduciría a formularse la pregunta acerca de saber si toda acción ante la justicia está ligada a la previa existencia de un derecho subjetivo.*

*Por lo que parece algunas acciones para acudir ante la justicia existen independientemente de cualquier derecho anterior. Ellas tienen simplemente por objeto "corregir hechos irregulares y extraer las consecuencias"<sup>103</sup>. Tal es el caso, por ejemplo<sup>104</sup>, de la acción por responsabilidad civil, de la acción de nulidad o de la acción por competencia desleal que no se basan en la existencia de un derecho subjetivo previamente establecido. En estas hipótesis, hay un interés jurídicamente protegido<sup>105</sup>; por ejemplo, la acción por responsabilidad civil protege el interés de quien ha sido víctima de un daño para obtener reparación. Según Roubier, la acción ante la justicia independiente de un derecho anterior no sancionaría un derecho del demandante sino un deber del demandado<sup>106</sup>. Tal es el caso de la acción por responsabilidad civil que condena a aquel que no ha respetado el deber de no causarle daño a otro, de la acción de nulidad que sanciona a aquel que no ha*

pas son devoir de ne pas porter atteinte aux exceptions, l'utilisateur pourrait-il bénéficier d'une action autre que celle qui consiste à se défendre lors d'une action en contrefaçon déclenchée par l'auteur? L'utilisateur pourrait-il agir contre l'auteur lorsque ce dernier viole son devoir?

### B. Possibilité pour le public d'intenter une action en justice contre l'auteur

Le fait que le public ne dispose pas d'un droit subjectif aux exceptions le prive-t-il nécessairement d'une action en justice? En somme, cela revient à se poser la question de savoir si toute action en justice est liée à l'existence préalable d'un droit subjectif.

Il apparaît que certaines actions en justice existent indépendamment de tout droit antérieur. Elles ont simplement pour objectif de «redresser des faits irréguliers et en tirer les conséquences»<sup>103</sup>. Tel est par exemple<sup>104</sup> le cas de l'action en responsabilité civile, de l'action en nullité ou de l'action en concurrence déloyale, qui ne sont pas fondées sur l'existence d'un droit subjectif préétabli. Dans ces hypothèses, un intérêt est juridiquement protégé<sup>105</sup>; par exemple, l'action en responsabilité civile protège l'intérêt de la victime d'un dommage à obtenir réparation. Selon Roubier, l'action en justice indépendante d'un droit antérieur ne sanctionnerait pas un droit du demandeur, mais un devoir du défendeur<sup>106</sup>. Tel est le cas de l'action en responsabilité civile qui condamne celui qui n'a pas respecté le devoir de ne pas causer un dommage à autrui, de l'action en nullité qui sanctionne



conditions of a valid contract or again an action for unfair competition which provides a remedy against a person who has failed to observe the duty not to use unfair means vis-à-vis competitors. The fact that it is possible to bring a lawsuit is based on the breach of a duty borne by the defendant to the suit. The legal situations in which a legal action provides a remedy against a duty rather than for a pre-existing subjective right are objective legal situations. In addition, they are reactive situations in that they involve "a new situation created by objective law as a consequence of the liability of the person who committed the criticised act or deed. [...] It is indeed a question of a reaction on the part of the legal order to redress a situation arising from the breach of a duty"<sup>107</sup>.

Therefore, insofar as Article L. 122-5 IPC subjects authors to the *duty* not to prohibit the listed exceptions<sup>108</sup>, should the public not be entitled to bring an action for liability against authors who breached their *duty*? Given that actions for civil liability in tort provide a remedy against breaches of a *duty*, why should they not specifically redress the breach of a *duty* committed by an author? The avenue is now open for exploration<sup>109</sup>.

Firstly, given that "the right to take legal action [...] is delimited on the basis of a legitimate interest"<sup>110</sup> and that it has been shown that the user public has such a legitimate interest<sup>111</sup> to the exceptions to the extent that the legislator has accorded it *possibilities* protected by a rule of objective law

*respetado el deber de verificar las condiciones de validez de un contrato, o aún, la acción por competencia desleal que sanciona a aquel que no ha honrado el deber de no recurrir a medios desleales frente a sus competidores. El hecho de poder recurrir a la vía judicial se fundamenta en el no respeto de un deber que pesa sobre el demandado en la acción. Las situaciones en las cuales la acción ante la justicia sanciona un deber y no un derecho subjetivo que existe previamente, son situaciones jurídicas objetivas. Se trata, además, de una situación reactiva en el sentido de que es "una situación nueva creada por el derecho objetivo como consecuencia de la responsabilidad del autor del hecho o del acto criticado. [...] Se trata, evidentemente, de una reacción del orden jurídico para corregir una situación que resulta de la violación de un deber"<sup>107</sup>.*

*Entonces, en la medida en que el Artículo L. 122-5 hace que recaiga sobre el autor el deber de no prohibir las excepciones que están en la lista<sup>108</sup>, ¿no debería autorizarse al público ejercer una acción por responsabilidad civil contra el autor que infringe su deber? Puesto que la acción por responsabilidad civil sanciona la infracción a un deber, ¿por qué, ella, no podría sancionar específicamente la infracción a un deber que hubiere cometido un autor? De una vez por todas se ha abierto una pista para reflexionar<sup>109</sup>.*

*Para empezar porque se sabe que "la delimitación del derecho para actuar ante la justicia [...] está trazada sobre la base de un interés legítimo"<sup>110</sup> y porque ha quedado demostrado que el público que disfruta de las obras, disponía de ese interés legítimo<sup>111</sup> en cuanto a las excepciones, ya que el legislador le ha otorgado*

celui qui n'a pas respecté le devoir de vérifier les conditions de validité du contrat ou encore de l'action en concurrence déloyale qui sanctionne celui qui n'a pas honoré le devoir de ne pas recourir à des moyens déloyaux vis-à-vis de ses concurrents. Le fait de pouvoir recourir à la voie judiciaire est fondé sur le non-respect d'un devoir qui pèse sur le défendeur à l'action. Une situation juridique dans laquelle l'action en justice sanctionne un devoir et non pas un droit subjectif préexistant est une situation juridique objective. Il s'agit en outre d'une situation réactionnelle en ce sens qu'elle est «une situation nouvelle créée par le droit objectif comme conséquence de la responsabilité de l'auteur du fait ou de l'acte critiqué. [...] Il s'agit bien d'une réaction de l'ordre juridique pour redresser une situation qui résulte de la violation d'un devoir»<sup>107</sup>.

Dès lors, dans la mesure où l'article L. 122-5 fait peser sur l'auteur le *devoir* de ne pas interdire les exceptions listées<sup>108</sup>, le public ne devrait-il pas être autorisé à engager une action en responsabilité contre l'auteur qui enfreindrait son *devoir*? Puisque l'action en responsabilité civile sanctionne une infraction à un *devoir*, pourquoi ne pourrait-elle pas sanctionner spécifiquement l'infraction à un *devoir* qu'aurait commise un auteur? La piste de réflexion est désormais lancée<sup>109</sup>.

Tout d'abord, sachant que «la délimitation du droit d'agir en justice [...] est tracée sur la base d'un intérêt légitime»<sup>110</sup> et qu'il a été démontré que le public des œuvres disposait de cet intérêt légitime<sup>111</sup> aux exceptions en ce que le législateur lui a accordé des *facultés* protégées par une règle de droit



prohibiting authors from preventing their exercise<sup>112</sup>, it is thus up to the victim – in this case the user – to initiate the legal action. The user public's "legally protected interest" undoubtedly belongs to the category of incorporeal interests<sup>113</sup>. And case law accepts the principle of redress for acts detrimental to this type of interest. The principle is that French law confirms the redressible nature of any prejudice. In addition, the protection of collective interests is being considered with particular attention, so much so that the "Catala" preliminary draft reform of the law of obligations and the law of limitations<sup>114</sup> expressly provides for redress of the prejudice arising from harm to collective interests<sup>115</sup>. It might then be conceivable that the user public as a whole could defend its interests and *a fortiori* its collective interest.

Article 1382 of the Civil Code requires damage, a fault and a link of causality between the two. Does the fact that an author prohibits the exercise of exceptions cause damage to the work's public? Does the author commit a fault by doing so? Damage is a necessary condition of civil liability in tort. As Professor Léonard notes, "it is frequently accepted that a finding of damage arises from a comparison between the victim's situation after the act constituting the fault and the hypothetical situation that would have been the victim's if the act had not been committed"<sup>116</sup>. The damage would result from the violation of an interest<sup>117</sup>. If a user were unable to make a private copy of a work or use it for educational purposes as permitted by the law, the damage suffered would originate from "an act

*facultades protegidas por una regla de derecho objetivo que le prohíbe al autor impedir que el público las ejerza*<sup>112</sup>; por lo tanto le corresponde a la víctima – en este caso al usuario – desencadenar esta acción ante la justicia. El "interés jurídicamente protegido" del público destinatario de las obras, es cierto que forma parte de la categoría de intereses incorpóreos<sup>113</sup>. Y la jurisprudencia admite como principio la reparación a los atentados cometidos contra este tipo de interés. El principio es que el derecho francés afirma el carácter reparable de todos los perjuicios. Por añadidura, la protección de los intereses colectivos está siendo objeto de una atención especial hasta tal punto que el ante-proyecto «Catala» sobre reforma del derecho de las obligaciones y del derecho de prescripción<sup>114</sup> prevé expresamente la reparación del perjuicio que resulta de haber lesionado los intereses colectivos<sup>115</sup>. En este orden de ideas, sería previsible que globalmente el público destinatario de las obras pudiese defender sus intereses y a fortiori su interés colectivo.

*El Artículo 1382 del Código civil exige un daño, una falta y una relación de causalidad entre ambos. El hecho de que el autor entorpezca el ejercicio de las excepciones ¿le ocasiona un daño al público al que van destinadas las obras? ¿Comete acaso una falta? El daño es una condición necesaria de la responsabilidad civil. Como lo destaca el Profesor Léonard, "se admite con frecuencia que la constatación del daño nace de la comparación entre la situación de la víctima después del hecho constitutivo de la falta y la que, hipotéticamente, sería la suya si ese hecho no se hubiese cometido"*<sup>116</sup>. *El daño resultaría de haber violado un interés*<sup>117</sup>. En la hipótesis en la que un usuario se encontrara en la imposibilidad de realizar la copia privada de una obra o de utilizarla con fines pedagógicos como lo autoriza la ley, la fuente del daño inferido está "en un

objectif qui interdit à l'auteur d'en empêcher leur exercice<sup>112</sup>, il appartient donc à la victime – en l'occurrence l'utilisateur – de déclencher cette action en justice. L'«intérêt juridiquement protégé» du public des œuvres fait assurément partie de la catégorie des intérêts incorporels<sup>113</sup>. Et la jurisprudence admet le principe de la réparation des atteintes à ce type d'intérêt. Le principe est que le droit français affirme le caractère réparable de tous les préjudices. De surcroît, la protection des intérêts collectifs fait l'objet d'une attention particulière si bien que l'avant-projet «Catala» de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription<sup>114</sup> prévoit expressément la réparation du préjudice résultant d'une lésion des intérêts collectifs<sup>115</sup>. Il pourrait alors être envisageable que le public des œuvres dans sa globalité puisse défendre ses intérêts, et *a fortiori* son intérêt collectif.

L'article 1382 du Code civil exige un dommage, une faute et un lien de causalité entre les deux. Le fait-que l'auteur interdise l'exercice des exceptions cause-t-il un dommage au public des œuvres? Commet-il une faute? Le dommage est une condition nécessaire de la responsabilité civile. Comme le relève le Professeur Léonard, «il est fréquemment admis que la constatation du dommage naît d'une comparaison entre la situation de la victime après le fait constitutif de la faute et celle, hypothétique, qui serait la sienne si ce fait n'avait pas été commis»<sup>116</sup>. Le dommage résulterait de la violation d'un intérêt<sup>117</sup>. Dans l'hypothèse où un utilisateur se trouverait dans l'impossibilité de réaliser une copie privée d'une œuvre ou de l'utiliser à des fins pédagogiques comme l'y autorise la loi, le dommage subi trouve

[...] preventing satisfaction of the victim's interest"<sup>118</sup>. The concept of prejudice can then be understood to mean "harm to a legally protected legitimate interest"<sup>119</sup>. Moreover, "any intentional or unintentional breach, however minimal, by act or omission, of a pre-existing standard of conduct constitutes a fault [...]"<sup>120</sup>. Violation of a pre-established standard of behaviour is sufficient then to characterise a fault. Therefore, the fact that an author does not respect his or her *duty* not to prohibit the exercise of the exceptions could constitute a violation of a standard of behaviour pre-established in Article L. 122-5 and characterise a fault. The fact that an author intentionally encroaches on the public's prerogatives – in this case its possibilities – could constitute a fault<sup>121</sup>. Finally, the author's failure to respect his or her *duty* in relation to the exceptions could be reprehensible behaviour. This is because "in any fault, there is [...] the idea of a dereliction of duty"<sup>122</sup>. It should be remembered, moreover, that, in the *Mulholland Drive* case<sup>123</sup>, the judges of the Court of Appeal of Paris had held – but without justifying it – that "the user, who, in this case, lawfully acquired a DVD on the market and could not make a copy on a video cassette intended for private use, suffered a prejudice as a result of the wrongful conduct of the companies which totally locked the DVD at issue by technological means"<sup>124</sup>.

In short, harm to the legitimate interest lies behind both the fault and the damage<sup>125</sup>. Firstly, the violation of the user's legitimate interest, i.e. the failure to respect the user's *possibility* of exercising one of the exceptions provided for in Article L. 122-5 IPC,

*hecho [...] que le impide a la víctima satisfacer un interés*"<sup>118</sup>. La noción de perjuicio puede entenderse entonces como "la lesión de un interés legítimo jurídicamente protegido"<sup>119</sup>. Por otra parte, "constituye falta todo tipo de incumplimiento, por mínimo que sea, voluntario o involuntario, por acto o por omisión, de una norma de conducta preexistente [...]"<sup>120</sup>. De ahí, que baste con violar una norma de comportamiento previamente establecida para caracterizar una falta. Por lo tanto, el hecho de que el autor no respete su deber de no prohibir el ejercicio de las excepciones, podría constituir la violación de una norma de comportamiento previamente establecida en el Artículo L. 122-5 y tipificar una falta. El hecho de que el autor se inmiscuya voluntariamente en las prerrogativas del público – en este caso, en las facultades – podría constituir una falta<sup>121</sup>. Finalmente, el no respeto por parte del autor de su deber frente a las excepciones podría ser un comportamiento reprehensible. Es que "toda falta entraña [...] la idea del incumplimiento de un deber"<sup>122</sup>. Conviene aquí traer a la memoria que los jueces de la Corte de Apelación de París, en el proceso judicial *Mulholland Drive*<sup>123</sup> sostuvieron – pero sin demostrarlo – lo siguiente: "en el caso bajo análisis, el usuario que ha adquirido en el comercio de manera regular un DVD y que no ha podido llevar a cabo una copia en un videocasete destinado a un uso privado, ha sufrido un perjuicio por el hecho del comportamiento incurrido en falta de las sociedades que han bloqueado totalmente por medios técnicos el DVD en causa"<sup>124</sup>.

En suma, el atentado contra el interés legítimo es por igual la fuente de la falta como del daño<sup>125</sup>. De una parte, la violación del interés legítimo del usuario, es decir, no respetar su facultad de ejercer una u otra de las opciones establecidas en el Artículo 122-5 del CPI, provoca un daño

alors sa source «dans un fait [...] empêchant la satisfaction d'un intérêt de la victime»<sup>118</sup>. La notion de préjudice peut s'entendre alors comme «la lésion d'un intérêt légitime juridiquement protégé»<sup>119</sup>. Par ailleurs, «est constitutif de faute tout manquement, si minime soit-il, volontaire ou involontaire, par acte ou par omission, à une norme de conduite préexistante [...]"<sup>120</sup>. La violation d'une norme de comportement préétablie suffit alors à caractériser une faute. Le fait que l'auteur ne respecte pas son *devoir* de ne pas interdire l'exercice des exceptions pourrait donc constituer une violation d'une norme de comportement préétablie à l'article L. 122-5 et caractériser une faute. Le fait que l'auteur empiète volontairement sur les prerogatives du public – en l'occurrence des facultés – pourrait constituer une faute<sup>121</sup>. Finalement, le non-respect par l'auteur de son *devoir* envers les exceptions pourrait être un comportement répréhensible. C'est qu'il y a [...] dans toute faute, l'idée d'un manquement à un devoir»<sup>122</sup>. Il faut d'ailleurs se souvenir que les juges de la cour d'appel de Paris, dans l'affaire *Mulholland Drive*<sup>123</sup>, avaient soutenu – mais sans le démontrer – que: «l'utilisateur qui, en l'espèce, a acquis de manière régulière dans le commerce un DVD et qui n'a pu procéder à une copie sur une vidéocassette destinée à un usage privé, a subi un préjudice du fait du comportement fautif des sociétés qui ont verrouillé totalement par des moyens techniques le DVD en cause»<sup>124</sup>.

En somme, l'atteinte à l'intérêt légitime est à la source tant de la faute que du dommage<sup>125</sup>. D'une part, la violation de l'intérêt légitime de l'utilisateur, c'est-à-dire le non respect de sa *faculté* d'exercer l'une ou l'autre des exceptions prévues à l'article L. 122-5 du CPI, provoque un dommage



causes damage in that the user is then deprived of the benefit of the exceptions. Secondly, the violation of that legitimate interest reflects a fault in that the author did not respect a pre-established standard of behaviour, namely the *duty* not to prohibit the application of the exceptions laid down in the provision in question. The purpose of actions for civil liability is precisely to prevent unfair damage to a legitimate interest caused by the defendant's fault<sup>126</sup>.

In addition, it seems all the more essential to grant the public the possibility of taking action for civil liability against authors should they breach their duty in relation to the exceptions, when it would naturally have enjoyed such a possibility if a statutory system of exceptions had not been introduced. In other words, the public, as the beneficiary of freedoms such as freedom of expression and press freedom, could have taken action<sup>127</sup> against an author holding a subjective right. Indeed, one of the characteristics of freedoms – as unconditional prerogatives<sup>128</sup> – is precisely the power to bring legal proceedings against any third party who restrains them. This means, for example, that, without an exception for press reviews laid down in the law, a user who wished to make such a review and was prevented from doing so by the author could have brought a legal action against the author<sup>129</sup>. This type of conflict between a freedom and a subjective right is settled in two stages<sup>130</sup>. *A priori*, the subjective right ought to triumph over a freedom. The rule is that the subjective right prevails over any interest and that, by doing so, it necessarily causes damage to others. As a result, the holder of a subjective right who exercises it enjoys a simple

*en cuanto a que aquel se ve privado de esta ventaja. De otra parte, la violación de este interés legítimo está ligada a la falta por cuanto el autor no ha respetado la norma de comportamiento previamente establecida, a saber el deber de no prohibir el juego de las excepciones previstas por la disposición en cuestión. La acción por responsabilidad civil tiene por objeto precisamente impedir un daño injustificado causado por la falta cometida por el demandado contra un interés legítimo*<sup>126</sup>.

*Por añadidura, acordarle al público la posibilidad de desencadenar una acción por responsabilidad civil contra el autor que infringiera su deber frente a las excepciones, parece tanto más indispensable cuanto que él (el público) se habría beneficiado naturalmente si no se hubiera concebido el sistema legal de las excepciones. En otros términos, el público, detentador de libertades como es la libertad de expresión o la libertad de prensa, podría intentar una acción<sup>127</sup> contra el autor como titular de un derecho subjetivo. Así es en efecto, una de las características de las libertades – prerrogativas no condicionadas<sup>128</sup> – es justamente ese poder para ejercer una acción ante la justicia contra un tercero que las contrariara. Lo que significa por ejemplo, que sin la institución legal de una excepción consagrada a las revistas de prensa, el usuario que hubiere deseado entregarse a esa actividad y que hubiere sido contrariado por el autor podría ejercer contra él una acción ante la justicia<sup>129</sup>. Este tipo de conflicto entre una libertad y un derecho subjetivo se resuelve en dos etapas<sup>130</sup>. A priori, el derecho subjetivo debería triunfar frente a una libertad. La regla es que el derecho subjetivo se impone ante cualquier interés y que, al hacerlo, origina necesariamente un daño al otro. A partir de ahí, cuando el titular de un derecho subjetivo lo ejerce, goza de una*

en ce qu'il est alors privé de cet avantage. D'autre part, la violation de cet intérêt légitime est liée à la faute en ce que l'auteur n'a pas respecté une norme de comportement préétablie, à savoir le *devoir* de ne pas interdire le jeu des exceptions prévues par la disposition en question. L'action en responsabilité civile a précisément pour objectif d'empêcher le dommage injuste causé par une faute du défendeur, à un intérêt légitime<sup>126</sup>.

De surcroît, accorder au public la possibilité de déclencher une action en responsabilité civile contre l'auteur qui enfreindrait son devoir vis-à-vis des exceptions semble d'autant plus indispensable qu'il en aurait naturellement bénéficié si un système légal d'exceptions n'avait pas été conçu. En d'autres termes, le public, détenteur de libertés comme la liberté d'expression ou la liberté de la presse, aurait pu tenter une action<sup>127</sup> contre l'auteur alors détenteur d'un droit subjectif. En effet, l'une des caractéristiques des libertés – prérogatives inconditionnées<sup>128</sup> – est justement ce pouvoir d'engager une action en justice contre un tiers qui les contrarierait. Ce qui signifie par exemple que sans la consécration légale d'une exception consacrée aux revues de presse, l'utilisateur qui aurait souhaité s'y livrer et qui aurait été empêché par l'auteur, aurait pu déclencher une action en justice contre lui<sup>129</sup>. Ce type de conflit entre une liberté et un droit subjectif se résout en deux étapes<sup>130</sup>. *A priori*, le droit subjectif devrait triompher face à une liberté. La règle est que le droit subjectif s'impose à tout intérêt et que, ce faisant, il crée nécessairement un dommage chez autrui. Dès lors, le titulaire d'un droit subjectif qui va l'exercer jouit d'une présomption simple

presumption of lawfulness<sup>131</sup>. Therefore, if exceptions were not laid down, authors' rights ought to prevail over freedom of expression. However, this principle is subject to an exception in the event that rightholders exercise their prerogatives in an unreasonable manner, i.e. by committing an abuse of a right<sup>132</sup>. In this case, it is not the exercise of the subjective right that is reconsidered, because it is legitimate on principle, but rather its allegedly unconscionable exercise in a conflict. Such abuse must be assessed case by case in a concrete manner. The characterisation of the unlawful character of the exercise of the subjective right necessarily involves applying the rules of civil liability<sup>133</sup>. In our context, a user enjoying a civil liberty could thus have initiated an action for civil liability against the author to obtain a remedy against an abuse in the exercise of the author's right. In other words, outside the statutory system of exceptions, if an author had breached his duty not to misuse his right by causing disproportionate harm to one of the beneficiaries of freedom of expression, for example, the beneficiary could have introduced an action for civil liability against the author based on the claim of abuse of a right<sup>134</sup>. The advantage that users enjoy as a result of the statutory system of exceptions lies in the fact that authors' rights are limited on an objective basis: the mere fact that they overstep the limit should constitute a fault. Violation of the author's duty seems easier to prove in this context and it could then be considered regrettable to deprive users of the possibility of taking legal action against authors or rightholders.

*simple presunción de licitud<sup>131</sup>. El derecho de autor debería triunfar entonces sobre la libertad de expresión si no se hubieran previsto excepciones. Este principio soporta no obstante una excepción en el supuesto de que el titular del derecho excediera de manera no razonable su prerrogativa, es decir cometiendo un abuso de derecho<sup>132</sup>. De modo que no es el ejercicio de un derecho subjetivo lo que se reconsidera, puesto que es legítimo por principio, sino su, eventualmente, desmesurado ejercicio en el marco de un conflicto. Y este abuso debe evaluarse caso por caso, de manera concreta. La tipificación del carácter ilícito del ejercicio de un derecho subjetivo pasa, necesariamente, por una aplicación de las reglas sobre la responsabilidad civil<sup>133</sup>. En el contexto que es el nuestro, el usuario portador de una libertad civil habría podido desencadenar una acción por responsabilidad civil contra el autor para hacer que se sancionara un abuso en el ejercicio de su derecho. En otros términos, fuera del sistema legal de las excepciones, si el autor hubiera infringido su deber de no abusar de su derecho, por ejemplo causándole un perjuicio desproporcionado a algún titular de la libertad de expresión, este último habría podido desencadenar una acción por responsabilidad civil contra el autor, con fundamento en el abuso del derecho<sup>134</sup>. La ventaja de la cual disfruta el usuario gracias al sistema legal de excepciones reside en la circunstancia de que el derecho del autor es objetivamente limitado: el solo hecho de que éste vaya más allá de ese límite puede constituir una falta. En ese contexto, parece más fácil demostrar la violación del deber del autor. Y sería lamentable retirarle al utilizador el beneficio de una acción ante la justicia contra el autor o contra el titular de derechos.*

de licéité<sup>131</sup>. Le droit d'auteur devrait donc, si des exceptions n'étaient pas prévues, l'emporter sur la liberté d'expression. Mais ce principe supporte une exception dans l'hypothèse où le titulaire de droit exercerait sa prérogative de manière déraisonnable, c'est-à-dire en commentant un abus de droit<sup>132</sup>. Ce n'est alors pas l'exercice du droit subjectif qui est reconsidéré, puisqu'il est légitime par principe, mais son exercice éventuellement démesuré dans le cadre d'un conflit. Et cet abus doit être évalué au cas par cas de manière concrète. La caractérisation du caractère illicite de l'exercice du droit subjectif passe nécessairement par une application des règles de la responsabilité civile<sup>133</sup>. Dans notre contexte, l'utilisateur porteur d'une liberté civile aurait donc pu déclencher une action en responsabilité civile contre l'auteur pour faire sanctionner un abus dans l'exercice de son droit. En d'autres termes, hors système légal d'exceptions, si l'auteur avait enfreint son devoir de ne pas abuser de son droit en causant un préjudice disproportionné à l'un des titulaires de la liberté d'expression par exemple, ce dernier aurait pu déclencher une action en responsabilité civile contre l'auteur sur le fondement de l'abus de droit<sup>134</sup>. L'avantage que l'utilisateur détient grâce au système légal d'exceptions réside dans le fait que le droit de l'auteur est limité objectivement: le simple fait qu'il outre passe cette frontière devrait être constitutif d'une faute. La violation du devoir de l'auteur dans ce contexte semble plus aisée à démontrer. Et il apparaîtrait alors regrettable de retirer à l'utilisateur le bénéfice d'une action en justice contre l'auteur ou le titulaire de droits.



## CONCLUSION

At a time when everyone is claiming "rights", which are often rights in name only, so true it is that "there are few terms that are used as often as the expression "have a right"<sup>135</sup>, the discussion of authors' duties may have appeared to run counter to this trend. Yet what we are dealing with is merely the other side of a single reality, namely the subjective legal situation enjoyed by authors. The – inevitable – acknowledgement of duties borne by authors, particularly with regard to the exceptions in Article L. 122-5 IPC, should produce legal consequences. Users of works, in the sense of the public, undoubtedly lack subjective rights to the exceptions but enjoy nonetheless prerogatives in the form of possibilities with a corresponding duty on the part of authors not to prohibit them. The three-step test ought not to be able to upset the situation of *harmonious imbalance* between the author's rights and duties and the public's possibilities. The three-step test should neither be interpreted always in the author's favour nor always in the public's favour; rather, it should serve as endorsement for a reasonable application of the exceptions. Lastly, breaches of the duty should not go unpunished<sup>136</sup>. Users deprived of the benefit of the exceptions should be able to take legal action for civil liability in tort against authors based on their prerogative (possibility), because it is under this head of liability that a breach of a duty is remedied.

(English translation by  
Margaret PLATT-HOMMEL)

## CONCLUSION

*Ocuparse de los deberes del autor en una época en la cual solamente se reivindican "derechos" que, frecuentemente, de derechos no tienen más que el nombre y, esto es tan cierto que "son pocos los términos de los cuales nos servimos con tanta frecuencia como la expresión "tener un derecho"<sup>135</sup>, que evocar los deberes del autor puede parecer aquí como que vamos en contra de esta tendencia. Sin embargo, sólo se trata de la otra cara de una misma realidad, es decir de la situación jurídica subjetiva de la que se beneficia el autor. Y, reconocer – inevitablemente – que el autor tiene deberes a su cargo con respecto a las excepciones del Artículo L. 122-5, debería producir consecuencias jurídicas. Los usuarios, como público que son de las obras, desprovistos, es cierto, de derechos subjetivos sobre las excepciones, gozan, no obstante, de las prerrogativas denominadas facultades a las cuales corresponde un deber del autor a saber, no prohibirlas. Y la prueba de las tres etapas no debería desquiciar la situación de desequilibrio armónico entre los derechos y los deberes del autor y las facultades del público. La prueba de las tres etapas no debería interpretarse siempre a favor del autor, ni siempre a favor del público; debería servir de caución para que las excepciones se aplicaran de manera razonable. En fin, infringir un deber no debería quedar impune<sup>136</sup>. El usuario, a quien se le ha privado del juego de las excepciones debería, con fundamento en su prerrogativa – la facultad – poder desencadenar una acción por responsabilidad civil contra el autor, porque es en este terreno en el que se sanciona la infracción a un deber.*

Traducción española de  
Jeanne MARTINEZ-ARRETZ

## CONCLUSION

À une époque où tout n'est que revendication de «droits» qui n'en n'ont souvent que le nom tant il est vrai qu'il y a peu de termes dont on se serve aussi souvent que de l'expression "avoir un droit"<sup>135</sup>, l'évocation des devoirs de l'auteur a pu paraître comme prenant le contrepied de cette tendance. Pourtant il ne s'agit que de l'autre face d'une réalité unique: la situation juridique subjective dont bénéficie l'auteur. Et la reconnaissance – inévitable – de devoirs à la charge de l'auteur, notamment à l'endroit des exceptions de l'article L. 122-5, devrait produire des conséquences juridiques. Les utilisateurs, au sens de public des œuvres, assurément dépourvus de droits subjectifs aux exceptions, bénéficient néanmoins de prérogatives nommées *facultés* auxquelles correspond un *devoir* de l'auteur de ne pas les interdire. Et le test des trois étapes ne devrait pas pouvoir bouleverser la situation de *déséquilibre harmonieux* entre les droits et devoirs de l'auteur, et les facultés du public. Le test des trois étapes ne devrait être interprété ni toujours en faveur de l'auteur, ni toujours en faveur du public; il devrait servir de caution à une application raisonnable des exceptions. Enfin, une infraction au devoir ne devrait pas rester impunie<sup>136</sup>. L'utilisateur privé du jeu des exceptions devrait pouvoir, sur le fondement de sa prérogative – la faculté – déclencher une action en responsabilité civile contre l'auteur, puisque c'est sur ce terrain qu'est sanctionnée une infraction à un devoir.

## NOTES

1. I would like to thank Maria José Iglesias, Director of the Intellectual Property Unit of the CRID, for her careful review and judicious advice.

2. G. Cornu, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 8<sup>e</sup> éd., see "droit" (right), sense no. 4. See also, for example, G. del Vecchio, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1953, republished in 2004, at p. 280, for whom a subjective right is a "claim" or "possibility of claiming". See also Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes, Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Larcier, Brussels, Coll. of theses, 2005, no. 112, p. 172, defining a subjective right as "a specific, exclusive power, distributed under certain conditions to its holder by the objective law, over the thing or contribution forming its subject matter with a view to satisfying the holder's interests and for which the holder receives, from the objective law, the power to impose its respect on others, if necessary by means of a specific legal action".

3. Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, op. cit., no. 219, p. 370: "the duty of respect expresses, in relation to others, the exclusivity of the power granted to the holder of the subjective right alone".

4. Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, op. cit., no. 222, p. 373.

5. G. Cornu, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, op. cit., see "devoir" (duty).

6. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Sirey, 1963, republished by Dalloz, 2005, no. 6, p. 53.

7. *Ibid.*

8. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., no. 6, p. 54.

9. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., no. 9, p. 72.

10. *Ibid.*

11. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., no. 8, pp. 65-66.

12. Art. L. 122-5 IPC.

13. Ph. Gaudrat, "The Eternal Quarrels of a Successful Couple: The Creator and the Investor", *RIDA*, Oct. 2001, no. 190, pp. 70-242, at p. 70: "Man

## NOTAS

1. Quiero agradecer a María José Iglesias, Directora de la Unidad de Propiedad Intelectual del CRID, la lectura de este artículo y sus valiosos conceptos.

2. G. Cornu, Asociación Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, col. Quadrige, 8<sup>e</sup> éd., v. «derecho», sentido n° 4. V. igualmente, por ejemplo, G. del Vecchio, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1953, re-editada en 2004, especialmente, p. 280, para quien el derecho subjetivo es una «pretensión, o una facultad de pretender». – Reportarse igualmente a Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes, Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Larcier, Bruxelles, Col. de thèses, 2005, n° 112, p. 172, que define el derecho subjetivo como «un poder específico y exclusivo, asignado a su titular, bajo ciertas condiciones, por el derecho objetivo sobre la cosa o la prestación que forma su objeto con vistas a satisfacer sus intereses y mediante el cual él, recibe del derecho objetivo, el poder de imponerles a los terceros el respeto mediante una acción específica ante la justicia si fuere necesario».

3. Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, obra citada, n° 219, p. 370: «en la relación con otro, el deber de respeto expresa la exclusividad del poder reconocido sólo al titular del derecho subjetivo».

4. Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, obra citada, n° 222, p. 373.

5. G. Cornu, Asociación Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, obra citada, v. «deber».

6. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Sirey, 1963, reeditada por Dalloz, 2005, n° 6, p. 53.

7. *Ibid.*

8. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, obra citada, n° 6, p. 54.

9. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, obra citada, n° 9, p. 72.

10. *Ibid.*

11. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, obra citada, n° 8, páginas 65-66.

12. Artículo L. 122-5 del CPI.

13. Ph. Gaudrat, «Les démêlés intemporels d'un couple à succès: le créateur et l'investisseur», *RIDA*, oct. 2001, n° 190, páginas 70-242.

## NOTES

1. Je tiens à remercier Maria José Iglesias, Directrice de l'Unité Propriété Intellectuelle du CRID, pour sa relecture attentive et ses conseils judicieux.

2. G. Cornu, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 8<sup>e</sup> éd., v. «droit», sens n° 4. V. également par ex. G. del Vecchio, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1953, réédité en 2004, spéc. p. 280, pour qui le droit subjectif est une «prétention, ou faculté de prétendre». – Se reporter également à Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes, Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Larcier, Bruxelles, Coll. de thèses, 2005, n° 112, p. 172, qui définit le droit subjectif comme «un pouvoir spécifique et exclusif, distribué sous certaines conditions par le droit objectif à son titulaire, sur la chose ou la prestation qui en forme son objet en vue de la satisfaction de ses intérêts et pour lequel il reçoit, du droit objectif, le pouvoir d'imposer son respect aux tiers au moyen, si nécessaire, d'une action en justice spécifique».

3. Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, op. cit., n° 219, p. 370: «le devoir de respect exprime dans la relation à autrui l'exclusivité du pouvoir reconnu au seul titulaire du droit subjectif».

4. Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, op. cit., n° 222, p. 373.

5. G. Cornu, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° «devoir».

6. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Sirey, 1963, réédité par Dalloz, 2005, n° 6, p. 53.

7. *Ibid.*

8. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., n° 6, p. 54.

9. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., n° 9, p. 72.

10. *Ibid.*

11. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., n° 8, pp. 65-66.

12. Art. L. 122-5 du CPI.

13. Ph. Gaudrat, «Les démêlés intemporels d'un couple à succès: le créateur et l'investisseur», *RIDA*, oct. 2001, n° 190, pp. 71-243, spéc. p. 71: «l'homme créateur et l'homme amateur se rencontrent et font



the creator and man the art lover meet and form a union in the work: it arouses emotions, shocks, soothes, fulfils and models the perception, the sensibility, if not the way in which a community sees itself at a given moment in time".

14. Ph. Gaudrat, "The Eternal Quarrels of a Successful Couple: The Creator and the Investor", *op. cit.*, p. 80: "a work which remains in the creator's study, or indeed cloistered deep down inside him, has no life and no purpose".

15. The term "prerogative" will be employed in a neutral sense, consult G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, see "prerogative": "(3) in a neutral sense, generic term encompassing any subjective right, any legal power or any possibility of acting founded in law, excluding a purely factual command".

16. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, no. 18, p. 127. Moreover, neither legal literature nor case law has taken a stand to that effect.

17. For a demonstration, see C. Colin, *Vers un 'droit d'utilisation' des œuvres?*, Thèse Université de Paris XI, Sept. 2008, no. 783 et seq.

18. Each case must respect the conditions laid down in the relevant paragraph of Article L. 122-5 IPC.

19. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, no. 21, at p. 164. For more details, see no. 21, pp. 159-176.

20. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, no. 19, pp. 140-141.  
21. *Ibid.*

22. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, no. 21, p. 165.  
23. *Ibid.*

24. These conditions may vary in their degree of strictness depending on their underlying justifications.

25. By way of comparison, see J. Lesueur, *Conflits de droits – Illustrations dans le champ des propriétés incorporelles*, Thèse Université de Paris Panthéon-Assas, Déc. 2007, no. 334, p. 258, who views the exceptions as "collective rights", indicating in no. 335, p. 259, that they are of "less value than the rights of incorporeal property owners". This author defines collective rights as "prerogatives granted to a collective subject and able to be invoked as a means of defence" (no. 285, p. 211), as an intermediate category between an interest and a subjective right. Collective rights are also referred to as "rights to" (no. 292, p. 217).

especialmente p. 71: "el hombre creador y el hombre aficionado se re-encuentran y se funden en la obra: ella suscita afectos, choque, calma, felicidad, modela la percepción, la sensibilidad según la imagen que una comunidad se hace de sí misma en un momento dado".

14. Ph. Gaudrat, «Les démêlés intemporels d'un couple à succès: le créateur et l'investisseur», obra citada, página 81: "una obra que yace en el gabinete del creador, incluso reclusa en su fuero interno, carece de vida y de misión".

15. El término «prerogativa» se usará en un sentido neutro: Consultar G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, obra citada, v. «prerogativa»: «3) «en un sentido neutro, término genérico que engloba cualquier derecho subjetivo, cualquier poder de derecho, cualquier facultad para actuar fundada en derecho, con exclusión de una matriz de puro hecho»".

16. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, obra citada, n° 18, página 127. – Por lo demás, ni la jurisprudencia ni la doctrina se han pronunciado en ese sentido.

17. Para una demostración, reportarse a C. Colin, *Vers un «droit d'utilisation» des œuvres?*, Tesis Universidad Paris XI, septiembre de 2008, números 783 y siguientes.

18. Cada hipótesis debe respetar las condiciones contenidas en el Párrafo del Artículo L. 122-5 del CPI a las que se refiere.

19. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, obra citada, n° 21, especialmente página 164. Para mayores detalles, reportarse a n° 21, páginas 159-176.

20. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, obra citada, n° 19, páginas 140-141.  
21. *Ibid.*

22. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, obra citada, n° 21, página 165.  
23. *Ibid.*

24. Esas condiciones pueden ser más o menos estrictas, en función de las justificaciones que las sustentan.

25. A modo de comparación, reportarse a J. Lesueur, *Conflits de droits – Illustrations dans le champ des propriétés incorporelles*, Tesis Universidad Panthéon-Assas, diciembre de 2007, n° 334, página 258, que aprehende las excepciones como «derechos colectivos», precisando en el n° 335, página 259 que son «de valor inferior a los derechos de los propietarios incorpóreos». El autor define los derechos colectivos como «prerogativas reconocidas a un sujeto colectivo y que se pueden invocar como medio de defensa» (n° 285, página 211), categoría intermedia entre el interés y el derecho subjetivo. Los derechos colectivos también reciben la denominación de «derechos a» (n° 292, página 217).

alliance dans l'œuvre: elle suscite les affects, choque, apaise, épanouit, modèle la perception, la sensibilité selon l'image qu'une communauté se fait d'elle-même à un moment donné.

14. Ph. Gaudrat, «Les démêlés intemporels d'un couple à succès: le créateur et l'investisseur», *op. cit.*, p. 81: «une œuvre qui demeure dans le cabinet du créateur, voire recluse en son for intérieur, est sans vie et sans mission».

15. Le terme «prerogative» sera employé dans un sens neutre: consulter G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v. «prerogative»: «3) «en un sens neutre, terme générique englobant tout droit subjectif, tout pouvoir de droit, toute faculté d'agir fondée en droit, à l'exclusion d'une maîtrise de pur fait».

16. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, n° 18, p. 127. – D'ailleurs, ni la doctrine ni la jurisprudence ne se sont prononcées en ce sens.

17. Pour une démonstration, se reporter à C. Colin, *Vers un «droit d'utilisation» des œuvres?*, Thèse Université Paris XI, sept. 2008, n° 783 et s.

18. Chaque hypothèse doit respecter les conditions posées par l'alinéa de l'art. L. 122-5 du CPI s'y rapportant.

19. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, n° 21, spéc. p. 164. Pour davantage de détails, se reporter n° 21, pp. 159-176.

20. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, n° 19, pp. 140-141.

21. *Ibid.*

22. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, n° 21, p. 165.

23. *Ibid.*

24. Ces conditions peuvent être plus ou moins strictes en raison des justifications qui les sous-tendent.

25. À titre de comparaison, se reporter à J. Lesueur, *Conflits de droits – Illustrations dans le champ des propriétés incorporelles*, Thèse Université Panthéon-Assas, déc. 2007, n° 334, p. 258, qui appréhende les exceptions comme des «droits collectifs», en précisant au n° 335, p. 259 qu'ils sont «de valeur inférieure aux droits des propriétaires incorporels». L'auteur définit les droits collectifs comme «des prérogatives reconnues à un sujet collectif et invocables en tant que moyen de défense» (n° 285, p. 211), catégorie intermédiaire entre l'intérêt et le droit subjectif. Les droits collectifs accueillent également l'appellation de «droits à» (n° 292, p. 217).

26. For developments on the subject, see C. Colin, *Vers un 'droit d'utilisation' des œuvres?*, *op. cit.*, no. 834 et seq.

27. Ph. Gaudrat and F. Sardain, "De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d'auteur", *Com. com. électr.* Nov. 2005, Study no. 37, pp. 6-16. See our developments: C. Colin, *Vers un 'droit d'utilisation' des œuvres?*, *op. cit.*, no. 213 et seq.

28. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, no. 19, p. 139, no. 20, p. 147. See also by the same author, "Les prérogatives juridiques", *Arch. Phil. du droit*, vol. 5, Paris, Sirey, 1960, pp. 75-131; A. Gervais, "Quelques réflexions à propos de la distinction des 'droits' et des 'intérêts'", in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Vol. 1, Dalloz-Sirey, 1961, pp. 240-252, at p. 244: civil liberty is the "authorisation to do whatever is not forbidden by the Law". For more details on civil liberties and freedoms, see P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, no. 20, pp. 145-159; Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, *op. cit.*, no. 62 et seq., p. 107 et seq.

29. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, no. 19, p. 140.

30. C. Colin, *Vers un 'droit d'utilisation' des œuvres?*, *op. cit.*, no. 213 et seq.

31. D. Cohen, "Le droit à...", in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz – PUF – Éd. du Juris-Classeur, 1999, pp. 393-400, at p. 395.

32. Cf. *infra*.

33. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, no. 6, p. 54.

34. J. Duclos, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, Paris, LGDJ, 1984, no. 132, p. 163 (see also p. 157).

35. G. Viney and P. Jourdain, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 3<sup>rd</sup> ed., 2006, no. 446 et seq., p. 374 et seq.

36. For the two citations: P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, no. 10, pp. 73-78. – *Contra*, and not to be confused: G. Michaélidès-Nouaros, "L'évolution récente de la notion de droit subjectif", *RTD. civ.* 1966, pp. 216-235, at p. 229: "violation of the duties imposed by 'objective situations' gives rise *post facto* to subjective rights that could be called 'reactive rights'".

37. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, no. 10, p. 75.

26. Para otros desarrollos de este tema, reportarse a C. Colin, *Vers un 'droit d'utilisation' des œuvres?*, obra citada, n° 834 y siguientes.

27. Ph. Gaudrat y F. Sardain, "De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d'auteur", *Com. com. électr.* Noviembre de 2005, Estudio n° 37, páginas 6-16. Ver nuestros desarrollos: C. Colin, *Vers un 'droit d'utilisation' des œuvres?*, obra citada, n° 213 y siguientes.

28. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, obra citada, n° 19, página 139, n° 20, página 147. Ver, igualmente del mismo autor, "Les prérogatives juridiques", *Arch. Phil. du droit*, vol. 5, Paris, Sirey, 1960, páginas 75-131; A. Gervais, "Quelques réflexions à propos de la distinction des 'droits' et des 'intérêts'", in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Tomo 1, Dalloz-Sirey, 1961, páginas 240-252, especialmente página 244: la libertad civil es "la autorización para hacer todo lo que no esté prohibido por el Derecho". – Para mayores detalles sobre las libertades, ver, P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, obra citada, n° 20, páginas 145-159; Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, obra citada, n° 62 y siguientes, página 107 y siguientes.

29. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, obra citada, n° 19, página 140.

30. C. Colin, *Vers un 'droit d'utilisation' des œuvres?*, obra citada, n° 213 y siguientes.

31. D. Cohen, "Le droit à...", in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz – PUF – Ed. du Juris-Classeur, 1999, páginas 393-400, especialmente página 395.

32. Cf. *infra*.

33. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, obra citada, n° 6, página 54.

34. J. Duclos, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, Paris, LGDJ, 1984, n° 132, página 163 (ver también, página 157).

35. G. Viney y P. Jourdain, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 3<sup>ra</sup> edición, 2006, n° 446 y siguientes, páginas 374 y siguientes.

36. Para las dos citas: P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, obra citada, n° 10, páginas 73-78. – *Contra*, y a no confundir: G. Michaélidès-Nouaros, "L'évolution récente de la notion de droit subjectif", *RTD. civ.* 1966, páginas 216-235, especialmente página 229: "la violación de los deberes impuestos por 'situaciones objetivas' hace que nazcan *post facto* derechos subjetivos que se podrían denominar "derechos-reacción".

37. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, obra citada, n° 10, página 75.

26. Pour des développements à ce sujet, se reporter à C. Colin, *Vers un 'droit d'utilisation' des œuvres?*, *op. cit.*, n° 834 et s.

27. Ph. Gaudrat et F. Sardain, "De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d'auteur", *Com. com. électr.* nov. 2005, Étude n° 37, pp. 6-16. Voir nos développements: C. Colin, *Vers un 'droit d'utilisation' des œuvres?*, *op. cit.*, n° 213 et s.

28. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, n° 19, p. 139, n° 20, p. 147. Voir également du même auteur, "Les prérogatives juridiques", *Arch. Phil. du droit*, vol. 5, Paris, Sirey, 1960, pp. 75-131; A. Gervais, "Quelques réflexions à propos de la distinction des 'droits' et des 'intérêts'", in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Tome 1, Dalloz-Sirey, 1961, pp. 240-252, spéc. p. 244: la liberté civile est "l'autorisation de faire tout ce qui n'est pas défendu par le Droit". – Pour davantage de détails sur les libertés, voir P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, n° 20, pp. 145-159; Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes [...]*, *op. cit.*, n° 62 et s., p. 107 et s.

29. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, n° 19, p. 140.

30. C. Colin, *Vers un 'droit d'utilisation' des œuvres?*, *op. cit.*, n° 213 et s.

31. D. Cohen, "Le droit à...", in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz – PUF – Éd. du Juris-Classeur, 1999, pp. 393-400, spéc. p. 395.

32. Cf. *infra*.

33. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, n° 6, p. 54.

34. J. Duclos, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, Paris, LGDJ, 1984, n° 132, p. 163 (voir aussi p. 157).

35. G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., 2006, n° 446 et s., p. 374 et s.

36. Pour les deux citations: P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, n° 10, pp. 73-78. – *Contra*, et à ne pas confondre: G. Michaélidès-Nouaros, "L'évolution récente de la notion de droit subjectif", *RTD. civ.* 1966, pp. 216-235, spéc. p. 229: "la violation des devoirs imposés par "des situations objectives" fait naître *post facto* des droits subjectifs, qu'on pourrait appeler "droits réactionnels".

37. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, n° 10, p. 75.



38. On the differences between a legal duty and a moral duty, see P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., no. 13, p. 100 et seq.

39. Cf. Art. L. 122-5 IPC: the author "may not prohibit"....

40. A. Gervais, "Quelques réflexions à propos de la distinction des 'droits' et des 'intérêts'", op. cit., at p. 246, who continues: "objective rights merely ensure that the conduct of other persons respects the rules protecting those interests that are not raised to the status of subjective rights of their holders".

41. S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Larquier, coll. Création Information Communication, Brussels, 2005, no. 627, p. 486; Ch. Geiger, "De la nature juridique des limites au droit d'auteur, Une analyse comparatiste à la lumière des droits fondamentaux", *Propri. Intell.* Oct. 2004, no. 13, pp. 882-891, at p. 886: "by limiting the author's right of control and authorising certain acts, the public then obtains an objective right to perform the acts listed in the limitations of the right".

42. See recently on the subject, Ph. Gaudrat, "The Importance of the Reference to Property in the Law of 11 March 1957", *RIDA* July 2009, no. 221, pp. 2-62.

43. F. Ost, *Entre droit et non-droit: l'intérêt*, in *Droit et intérêt*, edited by Ph. Gérard, Fr. Ost and M. van de Kerchove, 3 vols., vol. 2, Publ. des Facultés universitaires Saint-Louis, Brussels, 1990. For an overview and criticism, see Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, op. cit., no. 125 et seq., p. 191 et seq.

44. A. Gervais, "Quelques réflexions à propos de la distinction des 'droits' et des 'intérêts'", op. cit. For an overview and criticism, see Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, op. cit., no. 122 et seq., p. 184 et seq.

45. For the three citations and the categorisation: A. Gervais, "Quelques réflexions à propos de la distinction des 'droits' et des 'intérêts'", op. cit., at pp. 242-243.

46. F. Ost, *Entre droit et non-droit: l'intérêt*, op. cit., at p. 35. See also the developments concerning A. Gervais' theory, p. 36 et seq.

47. Th. Léonard, for his part, makes a distinction between "civil liberties" and "legitimate interests": *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, op. cit., passim.

48. A. Gervais, "Quelques réflexions à propos de la distinction des 'droits' et des 'intérêts'", op. cit., at p. 242.

38. Sobre las diferencias entre *deber jurídico* y *deber moral*, reportarse a P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, obra citada, n° 13 página 100 y siguientes.

39. Cf. Artículo L. 122-5 del CPI: "el autor no puede prohibir".

40. A. Gervais, "Quelques réflexions à propos de la distinction des 'droits' et des 'intérêts'", obra citada, especialmente página 246, que prosigue: "los derechos objetivos solamente permiten obtener que el comportamiento de otras personas respete las reglas protectoras de esos intereses no erigidos en derechos subjetivos de su titular".

41. S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Larquier, coll. Création Information Communication, Bruselas, 2005, n° 627, página 486; Ch. Geiger, "De la nature juridique des limites au droit d'auteur, Une analyse comparatiste à la lumière des droits fondamentaux", *Propri. Intell.* Octubre de 2004, n° 13, páginas 882-891, especialmente página 886: "limitando el poder de control del autor y permitiendo ciertos actos, el público obtiene entonces un derecho objetivo para cumplir esos actos enumerados en las limitaciones al derecho".

42. Ver últimamente sobre el tema, Ph. Gaudrat, "L'importance de la référence propriétaire dans la loi du 11 mars 1957", *RIDA* julio de 2009, n° 221, páginas 2-62.

43. F. Ost, *Entre droit et non-droit: l'intérêt*, in *Droit et intérêt*, Ph. Gérard, Fr. Ost y M. van de Kerchove (dir.), 3 vol., vol. 2, *Publicaciones de las Facultades Universitarias Saint-Louis, Bruselas, 1990. Para una exposición y una crítica, ver T. Léonard, Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, obra citada, n° 125 y siguientes, página 191 y siguientes.

44. A. Gervais, "Quelques réflexions à propos de la distinction des 'droits' et des 'intérêts'", antes citado. Para una exposición y una crítica, ver T. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, obra citada, n° 122 y siguientes, página 184 y siguientes.

45. Para las tres citas y la categorización: A. Gervais, "Quelques réflexions à propos de la distinction des 'droits' et des 'intérêts'", obra citada, especialmente páginas 242-243.

46. F. Ost, *Entre droit et non-droit: l'intérêt*, obra citada, especialmente página 35. Ver, igualmente los desarrollos a propósito de la teoría de A. Gervais, página 36 y siguientes.

47. Th. Léonard, en cuanto a él se refiere distingue las "libertades civiles" y los "intereses legítimos": *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, obra citada, passim.

48. A. Gervais, "Quelques réflexions à propos de la distinction des 'droits' et des 'intérêts'", obra citada, especialmente página 242.

38. Sur les différences entre le devoir juridique et le devoir moral, se reporter à P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., n° 13 p. 100 et s.

39. Cf. art. L. 122-5 du CPI: l'auteur "ne peut interdire..."

40. A. Gervais, "Quelques réflexions à propos de la distinction des 'droits' et des 'intérêts'", op. cit., spéc. p. 246, qui poursuit: "les droits objectifs permettent seulement d'obtenir que le comportement d'autres personnes respecte les règles protectrices de ces intérêts non érigés en droits subjectifs de leur titulaire".

41. S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Larquier, coll. Création Information Communication, Bruxelles, 2005, n° 627, p. 486; Ch. Geiger, "De la nature juridique des limites au droit d'auteur, Une analyse comparatiste à la lumière des droits fondamentaux", *Propri. Intell.* oct. 2004, n° 13, pp. 882-891, spéc. p. 886: "en limitant le pouvoir de contrôle de l'auteur et en autorisant certains actes, le public obtient alors un droit objectif d'accomplir ces actes énumérés dans les limitations au droit".

42. Voir dernièrement sur le sujet, Ph. Gaudrat, "L'importance de la référence propriétaire dans la loi du 11 mars 1957", *RIDA* juill. 2009, n° 221, pp. 3-63.

43. F. Ost, *Entre droit et non-droit: l'intérêt*, in *Droit et intérêt*, Ph. Gérard, Fr. Ost et M. van de Kerchove (dir.), 3 vol., vol. 2, Publ. des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1990. Pour un exposé et une critique, voir Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, op. cit., n° 125 et s., p. 191 et s.

44. A. Gervais, "Quelques réflexions à propos de la distinction des 'droits' et des 'intérêts'", op. cit. Pour un exposé et une critique, voir Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, op. cit., n° 122 et s., p. 184 et s.

45. Pour les trois citations et la catégorisation: A. Gervais, "Quelques réflexions à propos de la distinction des 'droits' et des 'intérêts'", op. cit., spéc. pp. 242-243.

46. F. Ost, *Entre droit et non-droit: l'intérêt*, op. cit., spéc. p. 35. Voir également les développements à propos de la théorie de A. Gervais, p. 36 et s.

47. Th. Léonard distingue, quant à lui, les "libertés civiles" et les "intérêts légitimes": *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, op. cit., passim.

48. A. Gervais, "Quelques réflexions à propos de la distinction des 'droits' et des 'intérêts'", op. cit., spéc. p. 242.

49. *Ibid.*

50. A. Gervais, "Quelques réflexions à propos de la distinction des 'droits' et des 'intérêts'", *op. cit.*, at p. 248. This is what Th. Léonard calls the principle of the imposition of the subjective right: Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, *op. cit.*, no. 284, p. 482. See also no. 337, p. 576 and no. 367, p. 622.

51. Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, *op. cit.*, no. 176, p. 285: a legitimate interest "does not carry any particular legal power".

52. Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, *op. cit.*, no. 171, p. 276.

53. To this effect, S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique (...)*, *op. cit.*, no. 629, p. 488.

54. M. Virally, *La pensée juridique*, LGDJ, 1960, p. 30: "any legal system could be said to be a means of enhancing interests".

55. Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, *op. cit.*, no. 171, p. 276: "It [the interest] is necessarily legitimate in the cases regulated by the rule of law which establishes not only its existence but also its superiority. The interest is only there to explain the ratio of a specific rule expressing the solution adopted in one type of conflict of interests". Also, F. Ost, *Entre droit et non-droit: l'intérêt*, *op. cit.*, at no. 3, p. 39: it is only when a dispute arises that these interests "really gain consistency". At a lower level, Article L. 331-6 IPC does the same by ensuring that certain exceptions to authors' rights are preserved in the face of the author's freedom to use technological protection measures.

56. M. Virally, *La pensée juridique*, *op. cit.*, p. 30.

57. Cf. *supra*

58. The penultimate paragraph of Article L. 122-5 IPC provides that "the exceptions listed in this Article may not conflict with a normal exploitation of the work or unreasonably prejudice the author's legitimate interests".

59. See M. Vivant, in M.-F. Marais, M. Vivant, P. Sirinelli, Ch. Féral-Schul and L. Thoumyre, "L'application du test des trois étapes par le juge: interprétations et conséquences", in *Rencontres Lamy du Droit de l'immatériel*, Loi « DADVSI » du 1<sup>er</sup> août 2006, RLDI Oct. 2006, suppl. to no. 20,

49. *Ibid.*

50. A. Gervais, "Quelques réflexions à propos de la distinction des 'droits' et des 'intérêts'", obra citada, especialmente página 248. Es lo que Th. Léonard denomina el principio de imposición del derecho subjetivo: Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, obra citada, n° 284, página 482. Ver igualmente n° 337, página 576, y n° 367, página 622.

51. T. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, obra citada, n° 176, página 285: el interés legítimo «no es portador de ningún poder jurídico especial».

52. Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, obra citada, n° 171, página 276.

53. En ese sentido, S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique (...)*, obra citada, n° 629, página 488.

54. M. Virally, *La pensée juridique*, LGDJ, 1960, página 30: «se puede decir de cualquier sistema jurídico que es un medio de valorizar intereses».

55. Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, obra citada, n° 171, página 276: «El [interés] es necesariamente legítimo en las hipótesis regidas por la regla de derecho en la que se consagra no solamente la existencia, sino la superioridad. El interés no está ahí más que para explicar la ratio de una regla especial que expresa la solución asumida en un tipo determinado de conflicto de intereses». – Adde, F. Ost, *Entre droit et non-droit: l'intérêt*, obra citada, especialmente n° 3, página 39: sólo con ocasión de un litigio es cuando los intereses «verdaderamente toman consistencia». – A un menor nivel, es eso lo que también hace el Artículo L. 331-6 del CPI al velar para que algunas excepciones de derecho de autor sean preservadas frente a la libertad que tiene el autor de recurrir a medidas técnicas de protección.

56. M. Virally, *La pensée juridique*, – obra citada, página 30.

57. Cf. *supra*.

58. El penúltimo Párrafo del Artículo L. 122-5 del CPI dispone que «las excepciones enumeradas en el presente Artículo no pueden atenuar contra la explotación normal de la obra ni causar perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor».

59. Ver M. Vivant, M.-F. Marais, M. Vivant, P. Sirinelli, Ch. Féral-Schul y L. Thoumyre, «L'application du test des trois étapes par le juge: interprétations et conséquences», en *Rencontres Lamy du Droit de l'immatériel*, Ley «DADVSI» del 1<sup>o</sup> de agosto de 2006, RLDI octubre de 2006,

49. *Ibid.*

50. A. Gervais, "Quelques réflexions à propos de la distinction des 'droits' et des 'intérêts'", *op. cit.*, spéc. p. 248. C'est ce que Th. Léonard nomme le principe d'imposition du droit subjectif: Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, *op. cit.*, n° 284, p. 482. Voir également n° 337, p. 576, et n° 367, p. 622.

51. Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, *op. cit.*, n° 176, p. 285: l'intérêt légitime «n'est porteur d'aucun pouvoir juridique particulier».

52. Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, *op. cit.*, n° 171, p. 276.

53. En ce sens, S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique (...)*, *op. cit.*, n° 629, p. 488.

54. M. Virally, *La pensée juridique*, LGDJ, 1960, p. 30: «on pourrait dire de tout système juridique qu'il est un moyen de valoriser des intérêts».

55. Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, *op. cit.*, n° 171, p. 276: «Il [l'intérêt] est nécessairement légitime dans les hypothèses réglées par la règle de droit qui en consacre non seulement l'existence, mais la supériorité. L'intérêt n'est plus là que pour expliquer la ratio d'une règle particulière qui exprime la solution retenue dans un type de conflits d'intérêts». – Adde, F. Ost, *Entre droit et non-droit: l'intérêt*, *op. cit.*, spéc. n° 3, p. 39: ce n'est qu'à l'occasion d'un litige que ces intérêts «ne prennent vraiment consistance». – À un moindre niveau, c'est ce que fait aussi l'article L. 331-6 du CPI en veillant à ce que certaines exceptions de droit d'auteur soient préservées face à la liberté qu'a l'auteur de recourir aux mesures techniques de protection.

56. M. Virally, *La pensée juridique*, *op. cit.*, p. 30.

57. Cf. *supra*.

58. L'avant-dernier alinéa de l'art. L. 122-5 du CPI dispose que: «les exceptions énumérées par le présent article ne peuvent porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur».

59. Voir M. Vivant, in M.-F. Marais, M. Vivant, P. Sirinelli, Ch. Féral-Schul et L. Thoumyre, «L'application du test des trois étapes par le juge: interprétations et conséquences», in *Rencontres Lamy du Droit de l'immatériel*, Loi «DADVSI» du 1<sup>er</sup> août 2006, RLDI oct. 2006, suppl. au n° 20, pp. 33-37, spéc. p. 36; Ch.



pp. 33-37, at p. 36; Ch. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, Approche de droit comparé*, Litec / IRPI, Le droit des affaires, Propriété intellectuelle, vol. 25, 2004, n° 420, p. 359; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, Coll. Droit fondamental, Classiques, Paris, 6<sup>th</sup> ed., completely updated, 2007, "Pour aller plus loin", n° 371, p. 425: the test "constitutes a sort of guiding philosophy that would have been more appropriate in a preamble than in a rule of substantive law"; Ph. Gaudrat, "Le droit d'auteur au lendemain de la transposition : Titre 1<sup>er</sup> de la loi n° 2006-961 du 1<sup>er</sup> août 2006", *Chronique de Droit des nouvelles technologies*, RTD Com. Jan./March 2007, pp. 107-137, at no. 99, p. 134.

60. See notably, in the *Mulholland Drive* case, the ruling of the Court of Cassation, 1<sup>re</sup> Civ., 28 Feb. 2006, *Com. com. électr.* April 2006, comm. 56, pp. 24-25, note Ch. Caron; *RLDI* March 2006, no. 14, comm. 405, p. 35, obs. L. Costes; *Légipresse* May 2006, no. 231, III, pp. 71-80, note V.-L. Bénabou; *Prop. Intell.* April 2006, no. 19, obs. A. Lucas.

61. The two citations are taken from M. Vivant's contribution in M.-F. Marais, M. Vivant, P. Sirinelli, Ch. Féral-Schul et L. Thoumyre, "L'application du test des trois étapes par le juge : interprétations et conséquences", *op. cit.*, at p. 36.

62. See *supra*.

63. Cf. *supra*.

64. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, no. 21, p. 166. See also p. 169: "it is a question of an option which cannot be criticised by the courts for being an abuse, and it is thus stronger in this regard than an ordinary right". See also no. 38 p. 329.

65. For the two citations: P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, no. 21 p. 173.

66. To this effect, A. Lucas, "Pour une interprétation raisonnable du triple test, ou pourquoi il faut éviter d'ajouter le flou au flou", *A&M* 2009/3, pp. 227-240, at pp. 229-231. – *Contra*, Ch. Geiger, J. Griffiths and R.M. Hilty, "Déclaration en vue d'une interprétation du 'test des trois étapes' respectant les équilibres du droit d'auteur" (Declaration in favour of an interpretation of the 'three-step test' respecting the balances of the law on authors' rights) *Prop. Intell.* Oct. 2008, no. 29, p. 399 et *seq*.

67. P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, "Pour aller plus loin", no. 371, p. 425.

suplemento al n° 20, páginas 33-37, especialmente página 36; Ch. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, Approche de droit comparé*, Litec / IRPI, Le droit des affaires, Propriété intellectuelle, tome 25, 2004, n° 420, página 359; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, Coll. Droit fondamental, Classiques, Paris, 6<sup>th</sup> ed., edición enteramente actualizada, 2007, "Pour aller plus loin", n° 371, página 425: la prueba constituye una especie de filosofía directriz, que encontraría su lugar más bien en una exposición de motivos que en una regla de derecho positivo; Ph. Gaudrat, "Le droit d'auteur au lendemain de la transposition: Título 1<sup>er</sup> de la ley n° 2006-961 del 1<sup>o</sup> de agosto de 2006", *Chronique de Droit des nouvelles technologies*, RTD Com. Enero a marzo de 2007, páginas 107-137, especialmente n° 99, página 134.

60. Ver en Proceso Mulholland Drive la sentencia de la Corte de Casación, 1<sup>ra</sup> Sala Civil, 28 de febrero de 2006, *Com. com. electr.* abril 2006, comm. 56, páginas 24-25, nota de Ch. Caron; *RLDI* marzo de 2006, n° 14, comm. 405, página 35, observaciones de L. Costes; *Légipresse* mayo de 2006, n° 231, III, páginas 71-80, nota de V.-L. Bénabou; *Prop. Intell.* abril de 2006, n° 19, observaciones de A. Lucas.

61. Las dos citas se han tomado de la intervención de M. Vivant, en M.-F. Marais, M. Vivant, P. Sirinelli, Ch. Féral-Schul y L. Thoumyre, "L'application du test des trois étapes par le juge: interprétations et conséquences", obra citada, especialmente página 36.

62. Reportarse a *supra*.

63. Cf. *supra*.

64. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, obra citada, n° 21, página 166. Ver asimismo, página 169: "se trata de una opción, que no puede ser tildada de abusiva por el juez, y que a este respecto es, entonces, más fuerte que un derecho ordinario". Reportarse, asimismo al n° 38 página 329.

65. Para las dos citas: P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, obra citada, n° 21 página 173.

66. Bajo ese sentido, A. Lucas, "Pour une interprétation raisonnable du triple test, ou pourquoi il faut éviter d'ajouter le flou au flou", *A&M* 2009/3, páginas 227-240, especialmente páginas 229-231. – *Contra*, Ch. Geiger, J. Griffiths y R. M. Hilty, "Déclaration en vue d'une interprétation du 'test des trois étapes' respectant les équilibres du droit d'auteur", *Prop. Intell.* octobre de 2008, n° 29, página 399 y siguientes.

67. P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, obra citada, "Pour aller plus loin", n° 371, página 425.

Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, Approche de droit comparé*, Litec/IRPI, Le droit des affaires, Propriété intellectuelle, tome 25, 2004, n° 420, p. 359; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, Coll. Droit fondamental, Classiques, Paris, 6<sup>th</sup> éd. entièrement actualisée, 2007, "Pour aller plus loin", n° 371, p. 425: le test "constitue une sorte de philosophie directrice, qui avait plus sa place dans un exposé des motifs, que dans une règle de droit positif"; Ph. Gaudrat, "Le droit d'auteur au lendemain de la transposition: Titre 1<sup>er</sup> de la loi n° 2006-961 du 1<sup>er</sup> août 2006", *Chronique de Droit des nouvelles technologies*, RTD Com. janv./mars 2007, pp. 107-137, spéc. n° 99, p. 134.

60. Voir not. dans l'affaire *Mulholland Drive* l'arrêt de la Cour de cassation, 1<sup>re</sup> civ., 28 fév. 2006, *Com. com. électr.* avr. 2006, comm. 56, pp. 24-25, note Ch. Caron; *RLDI* mars 2006, n° 14, comm. 405, p. 35, obs. L. Costes; *Légipresse* mai 2006, n° 231, III, pp. 71-80, note V.-L. Bénabou; *Prop. Intell.* avr. 2006, n° 19, obs. A. Lucas.

61. Les deux citations sont tirées de l'intervention de M. Vivant, in M.-F. Marais, M. Vivant, P. Sirinelli, Ch. Féral-Schul et L. Thoumyre, "L'application du test des trois étapes par le juge: interprétations et conséquences", *op. cit.*, spéc. p. 36.

62. Se reporter *supra*.

63. Cf. *supra*.

64. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, n° 21, p. 166. Voir également p. 169: "il s'agit d'une option, qui ne peut pas être critiquée par le juge comme abusive, et elle est donc plus forte à cet égard qu'un droit ordinaire". Se reporter également au n° 38 p. 329.

65. Pour les deux citations: P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, n° 21 p. 173.

66. En ce sens, A. Lucas, "Pour une interprétation raisonnable du triple test, ou pourquoi il faut éviter d'ajouter le flou au flou", *A & M* 2009/3, pp. 227-240, spéc. pp. 229-231. – *Contra*, Ch. Geiger, J. Griffiths et R. M. Hilty, "Déclaration en vue d'une interprétation du 'test des trois étapes' respectant les équilibres du droit d'auteur", *Prop. Intell.* oct. 2008, n° 29, p. 399 et s.

67. P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, "Pour aller plus loin", n° 371, p. 425.

68. On the consistency of "fair use" with the three-step test, consult S. Ricketson, "WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment", Standing Committee on Copyright and Related Rights, 9th Session, WIPO, Geneva, June 23-27, 2003, available on the WIPO website, 84 pages, at pp. 67-69.

69. P. Sirinelli, obs. on Cass. 1<sup>re</sup> Civ. 24 May 2004, *Propr. Intell.* July 2004, no. 12, comm. no. 4, pp. 774-778, at p. 776.

70. To this effect, E. Derclaye, "La transposition de la directive 'droit d'auteur dans la société de l'information' au Royaume-Uni, Quelques aspects relatifs aux droits et aux exceptions", *Propr. Intell.* April 2004, no. 11, pp. 599-606, at p. 602.

71. P. Sirinelli, "Exceptions et limitations aux droit d'auteur et droits voisins", *op. cit.*, p. 23. See also P. Sirinelli's contribution in M.-F. Marais, M. Vivant, P. Sirinelli, Ch. Féral-Schul and L. Thoumyre, "L'application du test des trois étapes par le juge : interprétations et conséquences", *op. cit.*, at pp. 36-37.

72. A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, *op. cit.*, note 234, no. 342, p. 173.

73. Ph. Gaudrat, "Le droit d'auteur au lendemain de la transposition: Titre 1<sup>er</sup> de la loi n° 2006-961 du 1<sup>er</sup> août 2006", *op. cit.*, at no. 106, p. 136.

74. A. Lucas, "Pour une interprétation raisonnable du triple test, ou pourquoi il faut éviter d'ajouter le flou au flou", *op. cit.*, at pp. 238-239, who criticises in this regard the "Declaration in favour of an interpretation of the 'three-step test' respecting the balances of the law on authors' rights" (*op. cit.*) supporting an open-ended, general approach to the three-step test.

75. See P. Sirinelli's contribution in M.-F. Marais, M. Vivant, P. Sirinelli, Ch. Féral-Schul and L. Thoumyre, "L'application du test des trois étapes par le juge: interprétations et conséquences" *op. cit.*, at p. 35, and Ch. Geiger, "Le test des trois étapes, un danger pour l'équilibre du droit d'auteur?", *RLDI* April 2006, no. 15, pp. 49-55, at p. 53.

76. My thinking has evolved somewhat since my thesis: see C. Colin, *Vers un 'droit d'utilisation' des œuvres?*, *op. cit.* no. 895.

77. Moreover, this is the view in item 2 of the Declaration in favour of an interpretation of the 'three-step test' (*op. cit.*), which states that "the test does not impose a narrow interpretation of the exceptions and limitations".

68. *Acerca de la conformidad del fair use con la prueba de las tres etapas, consultar a S. Ricketson, «Etude de l'OMPI sur les limitations et les exceptions au droit d'auteur et aux droits connexes dans l'environnement numérique», Comité Permanente del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos, 9a Sesión, OMPI, Ginebra, 23-27 de junio de 2003, disponible en la dirección electrónica de la OMPI, página 93, especialmente, páginas 75-77.*

69. P. Sirinelli, *observaciones sobre la sentencia de Casación de la 1ª Sala Civil, 24 de mayo de 2004, Propr. Intell. julio de 2004, n° 12, comm. n° 4, páginas 774-778, especialmente página 776.*

70. *En ese sentido, E. Derclaye, «La transposition de la directive "droit d'auteur dans la société de l'information" au Royaume-Uni, Quelques aspects relatifs aux droits et aux exceptions», Propr. Intell. abril de 2004, n° 11, páginas 599-606, especialmente, p. 602.*

71. P. Sirinelli, «Exceptions et limitations aux droit d'auteur et droits voisins», obra citada, página 23. Ver asimismo la intervención de P. Sirinelli, en M.-F. Marais, M. Vivant, P. Sirinelli, Ch. Féral-Schul y L. Thoumyre, «L'application du test des trois étapes par le juge: interprétations et conséquences», obra citada, especialmente páginas 36-37.

72. A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, obra citada, nota 234, n° 342, página 173.

73. Ph. Gaudrat, «Le droit d'auteur au lendemain de la transposition: Título 1º de la ley n° 2006-961 del 1º de agosto de 2006», obra citada, especialmente n° 106, página 136.

74. A. Lucas, «Pour une interprétation raisonnable du triple test, ou pourquoi il faut éviter d'ajouter le flou au flou», obra citada, especialmente páginas 238-239, quien (en este aspecto) critica la Declaración que contempla una interpretación de la "prueba de las tres etapas" con respeto a los equilibrios del derecho de autor (antes citados) reivindicando un enfoque global y abierto de dicha prueba.

75. Ver la intervención de P. Sirinelli, en M.-F. Marais, M. Vivant, P. Sirinelli, Ch. Féral-Schul y L. Thoumyre, «L'application du test des trois étapes par le juge: interprétations et conséquences», obra citada, espec. p. 35 y Ch. Geiger, «Le test des trois étapes, un danger pour l'équilibre du droit d'auteur?», *RLDI* abril de 2006, n° 15, pp. 49-55, esp. p. 53.

76. *Mi pensamiento ha cambiado un poco desde la defensa de mi Tesis: ver C. Colin, Vers un "droit d'utilisation" des œuvres?*, *op. cit.*, n° 895.

77. *Es, además, el punto n° 2 de la Declaración con vistas a una interpretación de la "prueba de las tres etapas" [...] antes citada, según la cual "la prueba no impone una interpretación restrictiva de las excepciones y limitaciones".*

68. Sur la conformité du *fair use* au test des trois étapes, consulter S. Ricketson, «Étude de l'OMPI sur les limitations et les exceptions au droit d'auteur et aux droits connexes dans l'environnement numérique», Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes, 9<sup>e</sup> session, OMPI, Genève, 23-27 juin 2003, disponible sur le site de l'OMPI, 93 p., spéc. pp. 75-77.

69. P. Sirinelli, obs. sur Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 mai 2004, *Propr. Intell.* juill. 2004, n° 12, comm. n° 4, pp. 774-778, spéc. p. 776.

70. En ce sens, E. Derclaye, «La transposition de la directive "droit d'auteur dans la société de l'information" au Royaume-Uni, Quelques aspects relatifs aux droits et aux exceptions», *Propr. Intell.* avr. 2004, n° 11, pp. 599-606, spéc. p. 602.

71. P. Sirinelli, «Exceptions et limitations aux droit d'auteur et droits voisins», *op. cit.*, p. 23. Voir également l'intervention de P. Sirinelli, in M.-F. Marais, M. Vivant, P. Sirinelli, Ch. Féral-Schul et L. Thoumyre, «L'application du test des trois étapes par le juge: interprétations et conséquences», *op. cit.*, spéc. pp. 36-37.

72. A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, *op. cit.*, note 234, n° 342, p. 173.

73. Ph. Gaudrat, «Le droit d'auteur au lendemain de la transposition: Titre 1<sup>er</sup> de la loi n° 2006-961 du 1<sup>er</sup> août 2006», *op. cit.*, spéc. n° 106, p. 136.

74. A. Lucas, «Pour une interprétation raisonnable du triple test, ou pourquoi il faut éviter d'ajouter le flou au flou», *op. cit.*, spéc. pp. 238-239, qui critique à cet égard la Déclaration en vue d'une interprétation du "test des trois étapes" respectant les équilibres du droit d'auteur (*op. cit.*) revendiquant une approche globale et ouverte du test des trois étapes.

75. Voir l'intervention de P. Sirinelli, in M.-F. Marais, M. Vivant, P. Sirinelli, Ch. Féral-Schul et L. Thoumyre, «L'application du test des trois étapes par le juge: interprétations et conséquences», *op. cit.*, spéc. p. 35 et Ch. Geiger, «Le test des trois étapes, un danger pour l'équilibre du droit d'auteur?», *RLDI* avr. 2006, n° 15, pp. 49-55, spéc. p. 53.

76. Ma pensée a un peu évolué depuis la soutenance de ma thèse: voir C. Colin, *Vers un "droit d'utilisation" des œuvres?*, *op. cit.*, n° 895.

77. C'est d'ailleurs le point n° 2 de la Déclaration en vue d'une interprétation du "test des trois étapes" [...], *op. cit.*, selon lequel «le test n'impose pas une interprétation restrictive des exceptions et limitations».



78. Cass. 1<sup>re</sup> Civ., 14 June 2005, 2 rulings, *Com. com. électr.* Sept. 2005, comm. 132, note Ch. Caron; *Propri. Intell.* Oct. 2005, no. 17, pp. 438-439, obs. A. Lucas.

79. A. Lucas, "Droit d'auteur, liberté d'expression et 'droit du public à l'information' (libres propos sur deux arrêts des Cours de cassation belge et française)", in *Droit d'auteur et liberté d'expression, Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, edited by A. Strowel and F. Tulkens, Larcier, 2006, pp. 123-141, at no. 28, p. 138.

80. See notably Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, Manuel, 2006, no. 366, p. 292; M. Vivant, "Pour une compréhension nouvelle de la notion de courte citation en droit d'auteur", *JCP G* 1989, I, 3372. Also D. Jean-Pierre, "La courte citation d'œuvres d'art en droit d'auteur", *D.* 1995, chron. 39.

81. See notably Cass. 1<sup>re</sup> Civ., 7 Nov. 2006, *RLDI* 2006, no. 22, Actualité, no. 683, note L. Costes and J.-B. Auroux; *Com. com. électr.* Jan. 2007, comm. 7, obs. Ch. Caron. This ruling annulled that of the Court of Appeal of Paris: CA Paris, 14<sup>e</sup> Ch., Sect. A, 2 Feb. 2005, *Com. com. électr.* May 2005, comm. 79, note Ch. Caron; *Légipresse* no. 223, July-Aug. 2005, III, p. 131, note A. Bouvel. However, the judges of the remand court resisted the Court of Cassation's decision (Cass. 1<sup>re</sup> Civ., 7 Nov. 2006, *op. cit.*): CA Paris, 14<sup>e</sup> Ch., Sect. B., 12 Oct. 2007, *RLDI* Nov. 2007, no. 32, Actualités, no. 1059, note L. Costes and J.-B. Auroux.

82. See notably Cass. 1<sup>re</sup> Civ., 13 Nov. 2003, *D.* 2004, jurispr. p. 200, note N. Bouche; *Com. com. électr.* Jan. 2004, comm. no. 2, note Ch. Caron; *Propri. Intell.* Jan. 2004, no. 10, p. 550, obs. A. Lucas; *Légipresse* March 2004, no. 209, III, p. 23, note V. Varet; *JCP G* 2004, II, 10080, note Ch. Geiger.

83. CA Paris, 12 Oct. 2007, *Com. com. électr.* Dec. 2007, comm. 145, note Ch. Caron. – *Contra*, recently: TGI Paris 3<sup>e</sup> Ch., 18 Dec. 2009, *Propri. Intell.*, Jan. 2010, no. 34, p. 619, obs. A. Lucas.

84. Ch. Caron, note under Cass. 1<sup>re</sup> Civ., 13 Nov. 2003, *op. cit.*, at no. 5; V. Varet, note under Cass. 1<sup>re</sup> Civ., 13 Nov. 2003, *op. cit.*, at p. 27.

85. Federal Court Switzerland, 1<sup>re</sup> Civ. Div., 26 June 2007, *Propri. Intell.* Oct. 2008, no. 29, obs. Ch. Geiger. For other examples, refer to Ch. Geiger,

78. *Casación Civil*, 1<sup>ra</sup> Sala Civil, 14 de junio de 2005, 2 Sentencias, *Com. com. électr.* Septiembre de 2005, comm. 132, nota de Ch. Caron; *Propri. Intell.* Octubre de 2005, n° 17, páginas 438-439, observaciones de A. Lucas.

79. A. Lucas, "Droit d'auteur, liberté d'expression et 'droit du public à l'information' (libres propos sur deux arrêts des Cours de cassation belge et française)", in *Droit d'auteur et liberté d'expression, Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, A. Strowel y F. Tulkens (bajo la dirección de), Larcier, 2006, páginas 123-141, especialmente n° 28, página 138.

80. Ver nota de Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, Manuel, 2006, n° 366, página 292; M. Vivant, "Pour une compréhension nouvelle de la notion de courte citation en droit d'auteur", *JCP G* 1989, I, 3372. – Adde, D. Jean-Pierre, "La courte citation d'œuvres d'art en droit d'auteur", *D.* 1995, Crónica 39.

81. Ver nota en *Casación de la 1<sup>ra</sup> Sala Civil*, del 7 de noviembre de 2006, *RLDI* 2006, n° 22, Actualité, n° 683, nota de L. Costes y J.-B. Auroux; *Com. com. électr.* enero de 2007, comm. 7, observaciones de Ch. Caron. Esta sentencia casa la de la Corte de Apelación de París: CA París, Sala 14, Sección A, 2 de febrero de 2005, *Com. com. électr.* Mayo de 2005, comm. 79, nota de Ch. Caron; *Légipresse* n° 223, julio-agosto de 2005, III, página 131, nota de A. Bouvel. Pero, los jueces de la Corte de re-envío se resistieron a la decisión de la Corte de Casación (*Casación*, 1<sup>ra</sup> Sala Civil, 7 de noviembre de 2006, antes citada): CA París, Sala 14, Sección B, 12 de octubre de 2007, *RLDI* noviembre de 2007, n° 32, Actualités, n° 1059, nota de L. Costes y J.-B. Auroux.

82. Ver nota en *Casación de la 1<sup>ra</sup> Sala Civil*, 13 de noviembre de 2003, *D.* 2004, jurisprudencia página 200, nota de N. Bouche; *Com. com. électr.* enero de 2004, comm. n° 2, nota de Ch. Caron; *Propri. Intell.* enero de 2004, n° 10, página 550, observaciones de A. Lucas; *Légipresse* marzo de 2004, n° 209, III, página 23, nota de V. Varet; *JCP G* 2004, II, 10080, nota de Ch. Geiger.

83. CA París, 12 de octubre de 2007, *Com. com. électr.* diciembre de 2007, comm. 145, nota de Ch. Caron. – *Contra*, recientemente: TGI París, 3<sup>a</sup> Sala, 18 de diciembre de 2009, *Propri. Intell.*, enero de 2010, n° 34, página 619, observaciones de A. Lucas.

84. Ch. Caron, nota en la *Casación de la 1<sup>ra</sup> Sala Civil*, 13 de noviembre de 2003, obra citada, especialmente n° 3; V. Varet, nota a la *Casación de la 1<sup>ra</sup> Sala Civil*, 13 de noviembre de 2003, obra citada, especialmente página 27.

85. T. Fédéral Suizo, 1<sup>re</sup> División Civil, 26 de junio de 2007, *Propri. Intell.* octubre de 2008, n° 29, observaciones de Ch. Geiger. – Para otros

78. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 14 juin 2005, 2 arrêts, *Com. com. électr.* sept. 2005, comm. 132, note Ch. Caron;

*Propri. Intell.* oct. 2005, n° 17, pp. 438-439, obs. A. Lucas.

79. A. Lucas, "Droit d'auteur, liberté d'expression et 'droit du public à l'information' (libres propos sur deux arrêts des Cours de cassation belge et française)", in *Droit d'auteur et liberté d'expression, Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, A. Strowel et F. Tulkens (sous la dir. de), Larcier, 2006, pp. 123-141, spéc. n° 28, p. 138.

80. Voir not. Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, Manuel, 2006, n° 366, p. 292; M. Vivant, "Pour une compréhension nouvelle de la notion de courte citation en droit d'auteur", *JCP G* 1989, I, 3372. – Adde, D. Jean-Pierre, "La courte citation d'œuvres d'art en droit d'auteur", *D.* 1995, chron. 39.

81. Voir not. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 nov. 2006, *RLDI* 2006, n° 22, Actualité, n° 683, note L. Costes et J.-B. Auroux; *Com. com. électr.* janv. 2007, comm. 7, obs. Ch. Caron. Cet arrêt casse celui de la Cour d'appel de Paris: CA Paris, 14<sup>e</sup> ch., sect. A, 2 févr. 2005, *Com. com. électr.* mai 2005, comm. 79, note Ch. Caron; *Légipresse* n° 223, juill.-août 2005, III, p. 131, note A. Bouvel. Mais les juges de la cour de renvoi ont résisté à la décision de la Cour de cassation (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 7 nov. 2006, *op. cit.*): CA Paris, 14<sup>e</sup> ch., sect. B., 12 oct. 2007, *RLDI* nov. 2007, n° 32, Actualités, n° 1059, note L. Costes et J.-B. Auroux.

82. Voir not. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 nov. 2003, *D.* 2004, jurispr. p. 200, note N. Bouche; *Com. com. électr.* janv. 2004, comm. n° 2, note Ch. Caron; *Propri. Intell.* janv. 2004, n° 10, p. 550, obs. A. Lucas; *Légipresse* mars 2004, n° 209, III, p. 23, note V. Varet; *JCP G* 2004, II, 10080, note Ch. Geiger.

83. CA Paris, 12 oct. 2007, *Com. com. électr.* déc. 2007, comm. 145, note Ch. Caron. – *Contra*, récemment: TGI Paris 3<sup>e</sup> ch., 18 déc. 2009, *Propri. Intell.*, Janv. 2010, n° 34, p. 619, obs. A. Lucas.

84. Ch. Caron, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 nov. 2003, *op. cit.*, spéc. n° 3; V. Varet, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 nov. 2003, *op. cit.*, spéc. p. 27.

85. T. Fédéral Suisse, 1<sup>re</sup> div. Civ., 26 juin 2007, *Propri. Intell.* oct. 2008, n° 29, obs. Ch. Geiger. – Pour d'autres exemples, se reporter à Ch. Geiger, F. Macrez, A. Bouvel, S. Carre, Th. Hassler et J. Schmidt,

F. Macrez, A. Bouvel, S. Carre, Th. Hassler and J. Schmidt, "Quelles limites au droit d'auteur dans la société de l'information? Réponse au Livre vert sur 'le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance'", *Propr. Intell.* July 2009, no. 32, p. 231 et seq., at p. 233.

86. Article L. 122-5(9) IPC is a reaction to the judges' obstinacy. It can be seen as a particular form of the exception for short quotation.

87. Cf. item 3 b), paragraph 1 of the Declaration in favour of an interpretation of the 'three-step test' (...).

88. Professor A. Lucas ("Pour une interprétation raisonnable du triple test, ou pourquoi il faut éviter d'ajouter le flou au flou", *op. cit.*, at p. 231) mentions a Dutch case and a Spanish case in which the court rejected a comprehensive interpretation of the exceptions.

89. This is what is recommended by both Ch. Geiger, J. Griffiths and R. M. Hilty in their Declaration ("Déclaration en vue d'une interprétation du 'test des trois étapes' respectant les équilibres du droit d'auteur", *op. cit.*) and A. Lucas, "Pour une interprétation raisonnable du triple test, ou pourquoi il faut éviter d'ajouter le flou au flou", *op. cit.*, even if they arrive there by different methods. On what is "reasonable", see P. Sirinelli, "Brèves observations sur le 'raisonnable' en droit d'auteur", in *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, 1995, pp. 397-413; M. Vivant, "Raison et réseaux. De l'usage du raisonnable dans la régulation de l'Internet", in *Savoir innover en droit, concepts, outils, systèmes, Hommage à Lucien Mehl*, La documentation française, 1999, pp. 153-164. Also G. Khairallah, "Le 'raisonnable' en droit privé français, Développements récents", *RTD civ.* 1984, pp. 439-467; Ch. Perelman, "Le raisonnable et le déraisonnable en droit", in *Formes et rationalité en droit, Arch. phil. du droit*, vol. 23, Paris, Sirey, 1978, pp. 35-42.

90. Ph. Gaudrat, "Le droit d'auteur au lendemain de la transposition: Titre 1<sup>er</sup> de la loi n° 2006-961 du 1<sup>er</sup> août 2006", "Chronique de Droit des nouvelles technologies", *RTD com.* Jan./March 2007, pp. 107-137, at no. 103 et seq., p. 135.

91. For the citations: Ph. Gaudrat, "Le droit d'auteur au lendemain de la transposition: Titre 1<sup>er</sup> de la loi n° 2006-961 du 1<sup>er</sup> août 2006", *op. cit.*, at no. 109, p. 136.

*ejemplos, reportarse a Ch. Geiger, F. Macrez, A. Bouvel, S. Carre, Th. Hassler y J. Schmidt, "Quelles limites au droit d'auteur dans la société de l'information? Réponse au Livre vert sur "le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance", Propr. Intell. juill. 2009, n° 32, página 231 y siguientes, especialmente página 233.*

86. El Artículo L. 122-5-9° del CPI es una reacción a la obstinación del juez. Se puede ver en eso una especial manera de enfocar la excepción de cita corta.

87. Cf. el punto n° 3 b) 1er Párrafo de la Declaración que contempla una interpretación de la "prueba de las tres etapas" [...].

88. El Profesor A. Lucas ("Pour une interprétation raisonnable du triple test, ou pourquoi il faut éviter d'ajouter le flou au flou", obra citada, especialmente página 231) menciona dos procesos (holandés y español) en los cuales el juez no aceptó una interpretación comprensiva de las excepciones.

89. Es esto lo que recomiendan a la vez Ch. Geiger, J. Griffiths y R. M. Hilty en la "Declaración que contempla una interpretación de la "prueba de las tres etapas" respecto a los equilibrios del derecho de autor (antes citados) reivindicando un enfoque global y abierto de dicha prueba" antes citada, y A. Lucas, "Pour une interprétation raisonnable du triple test, ou pourquoi il faut éviter d'ajouter le flou au flou", antes citada, incluso si el método para llegar así difiere. – Sobre lo "razonable", reportarse a P. Sirinelli, "Brèves observations sur le "raisonnable" en droit d'auteur", en Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur de André Françon, Dalloz, 1995, páginas 397-413; M. Vivant, "Raison et réseaux, De l'usage du raisonnable dans la régulation de l'Internet", en Savoir innover en droit, concepts, outils, systèmes, Hommage à Lucien Mehl, La documentation française, 1999, pp. 153-164. – Adde, G. Khairallah, "Le "raisonnable" en droit privé français, Développements récents", *RTD civ.* 1984, pp. 439-467; Ch. Perelman, "Le raisonnable et le déraisonnable en droit", in Formes et rationalité en droit, Arch. phil. du droit, vol. 23, Paris, Sirey, 1978, pp. 35-42.

90. Ph. Gaudrat, "Le droit d'auteur au lendemain de la transposition: Título 1<sup>er</sup> de la ley n° 2006-961 del 1<sup>er</sup> de agosto de 2006", "Chronique de Droit des nouvelles technologies", *RTD com.* Enero-marzo de 2007, páginas 107-137, especialmente n° 103 y siguientes, página 135.

91. Para las citas: Ph. Gaudrat, "Le droit d'auteur au lendemain de la transposition: Título 1<sup>er</sup> de la ley n° 2006-961 del 1<sup>er</sup> de agosto de 2006", obra citada, especialmente n° 109, página 136.

"Quelles limites au droit d'auteur dans la société de l'information? Réponse au Livre vert sur "le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance", *Propr. Intell.* juill. 2009, n° 32, p. 231 et s., spéc. p. 233.

86. L'art. L. 122-5, 9° du CPI est une réaction à l'obstination du juge. On peut y voir une déclinaison particulière de l'exception de courte citation.

87. Cf. le point n° 3 b) 1<sup>er</sup> alinéa de la Déclaration en vue d'une interprétation du "test des trois étapes" [...].

88. Le Professeur A. Lucas ("Pour une interprétation raisonnable du triple test, ou pourquoi il faut éviter d'ajouter le flou au flou", *op. cit.*, spéc. p. 231) mentionne deux affaires néerlandaise et espagnole dans lesquelles le juge a refusé une interprétation compréhensive des exceptions.

89. C'est ce que recommandent à la fois Ch. Geiger, J. Griffiths et R. M. Hilty dans la «Déclaration en vue d'une interprétation du "test des trois étapes" respectant les équilibres du droit d'auteur», *op. cit.*, et A. Lucas, "Pour une interprétation raisonnable du triple test, ou pourquoi il faut éviter d'ajouter le flou au flou", *op. cit.*, même si la méthode pour y parvenir diffère. – Sur le "raisonnable", se reporter à P. Sirinelli, "Brèves observations sur le "raisonnable" en droit d'auteur", in *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, 1995, pp. 397-413; M. Vivant, "Raison et réseaux, De l'usage du raisonnable dans la régulation de l'Internet", in *Savoir innover en droit, concepts, outils, systèmes, Hommage à Lucien Mehl*, La documentation française, 1999, pp. 153-164. – Adde, G. Khairallah, "Le "raisonnable" en droit privé français, Développements récents", *RTD civ.* 1984, pp. 439-467; Ch. Perelman, "Le raisonnable et le déraisonnable en droit", in *Formes et rationalité en droit, Arch. phil. du droit*, tome 23, Paris, Sirey, 1978, pp. 35-42.

90. Ph. Gaudrat, "Le droit d'auteur au lendemain de la transposition: Titre 1<sup>er</sup> de la loi n° 2006-961 du 1<sup>er</sup> août 2006", "Chronique de Droit des nouvelles technologies", *RTD com.* janv./mars 2007, pp. 107-137, spéc. n° 103 et s., p. 135.

91. Pour les citations: Ph. Gaudrat, "Le droit d'auteur au lendemain de la transposition: Titre 1<sup>er</sup> de la loi n° 2006-961 du 1<sup>er</sup> août 2006", *op. cit.*, spéc. n° 109, p. 136.



92. Ph. Gaudrat, "Le droit d'auteur au lendemain de la transposition: Titre 1<sup>er</sup> de la loi n° 2006-961 du 1<sup>er</sup> août 2006", *op. cit.*, at no. 110, p. 137, who continues: "or, presented differently, assuming it is claimed that there is [a prejudice], there is no legitimate interest in asserting it".

93. *Ibid.*

94. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, no. 6, p. 49: "the objective law can protect such and such a possession that it regards as particularly precious by means which do not take the form of the creation of a right".

95. A. Gervais, "Quelques réflexions à propos de la distinction des 'droits' et des 'intérêts'", *op. cit.*, at p. 246.

96. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, no. 18, p. 128. Also G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, see "opposabilité" (enforceability): "a right's ability [...] to make its effects felt in relation to third parties [...] not by subjecting such third parties to obligations directly arising from those elements [...] but by forcing them to recognise the existence of [...] 'enforceable' rights [...], to respect them as elements of the legal order and to suffer the effects of them, subject to their opposition when the law permits it".

97. Explanation given by A. Gervais ("Quelques réflexions à propos de la distinction des 'droits' et des 'intérêts'", *op. cit.*, at p. 245), as applied to authors' rights.

98. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, no. 18, p. 128, the user, "even without any legal means, is in a position to invoke a rule of law".

99. A. Gervais, "Quelques réflexions à propos de la distinction des 'droits' et des 'intérêts'", *op. cit.*, at p. 242: it is "a right limited to ensuring that the [...] interests are not disregarded"; L. Bochurberg, *Le droit de citation*, Masson, Paris, Milan, Barcelona, 1994, no. 13, p. 12: "the right of quotation thus seems to be only a plea in defence". On the various senses of the words "have a right", see P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, no. 18, pp. 127-135.

100. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, no. 18, at p. 132.

101. CA Paris, 4<sup>th</sup> Ch., Sect. A, *Mulholland Drive*, 4 April 2007, *Com. com. électr.* May 2007, comm. 68, pp. 34-36, note Ch. Caron; *RLDI* April 2007, no. 26, comm. 844, pp. 20-21, obs. L. Costes; *Propri. Intell.* July 2007, no. 24, obs. A. Lucas; V.-

92. Ph. Gaudrat, "Le droit d'auteur au lendemain de la transposition: Título 1<sup>o</sup> de la ley n° 2006-961 del 1<sup>o</sup> de agosto de 2006, obra citada, especialmente n° 110, página 137, que prosigue: "o, presentado de otra manera, suponiendo que se pretenda que hay un [perjuicio] el interés para prevalecerse carece de legitimidad".

93. *Ibid.*

94. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, obra citada, n° 6, página 49: "El derecho objetivo puede proteger tal o cual bien que le parezca especialmente precioso por medios que no consistan en la creación de un derecho".

95. A. Gervais, "Quelques réflexions à propos de la distinction des 'droits' et des 'intérêts'", obra citada, especialmente página 246.

96. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, obra citada, n° 18, página 128. - Adde, G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, obra citada, ver "oponibilidad": "aptitud de un derecho [...] a hacer sentir sus efectos con respecto a terceros [...] no sometiendo a dichos terceros a las obligaciones directamente nacidas de esos elementos [...] sino forzándolos a reconocer la existencia de los [...] derechos [...] denominados oponibles [...], a respetarlos como elementos del orden jurídico y a soportar los efectos, bajo reserva de sus respectivas opciones de oposición cuando la ley les abra el derecho".

97. Explicación de A. Gervais ("Quelques réflexions à propos de la distinction des 'droits' et des 'intérêts'", obra citada, especialmente página 245, aplicada al derecho de autor.

98. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, obra citada, n° 18, página 128, el usuario "inclusivo al margen de cualquier medio judicial, está en situación de prevalecerse de una regla de derecho".

99. A. Gervais, "Quelques réflexions à propos de la distinction des 'droits' et des 'intérêts'", obra citada, especialmente página 242: es "un derecho limitado a obtener que [...] no se desconozcan los 'intereses'; L. Bochurberg, *Le droit de citation*, Masson, Paris, Milan, Barcelona, 1994, n° 13, página 12: "el derecho de cita no parece ser, entonces, más que una excepción para ejercerla como defensa". - Acerca de los diferentes sentidos de las palabras "tener un derecho": P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, obra citada, n° 18, páginas 127-135.

100. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, obra citada, n° 18, especialmente página 132.

101. CA Paris, 4<sup>th</sup> Sala, Sección A, *Mulholland Drive*, 4 de abril de 2007, *Com. com. électr.* Mayo de 2007, comm. 68, páginas 34-36, nota de Ch. Caron; *RLDI* abril de 2007, n° 26, comm. 844, páginas 20-21, observaciones de L.

92. Ph. Gaudrat, "Le droit d'auteur au lendemain de la transposition: Titre 1<sup>er</sup> de la loi n° 2006-961 du 1<sup>er</sup> août 2006", *op. cit.*, spéc. n° 110, p. 137, qui poursuit: "ou, présenté autrement, à supposer que l'on prétende qu'il y en ait un [de préjudice], l'intérêt à s'en prévaloir est dépourvu de légitimité".

93. *Ibid.*

94. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, n° 6, p. 49: "Le droit objectif peut protéger tel ou tel bien qui lui paraît particulièrement précieux par des moyens qui ne consistent pas dans la création d'un droit".

95. A. Gervais, "Quelques réflexions à propos de la distinction des 'droits' et des 'intérêts'", *op. cit.*, spéc. p. 246.

96. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, n° 18, p. 128. - Adde, G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° "opposabilité": "aptitude d'un droit [...] à faire sentir ses effets à l'égard des tiers [...] non en soumettant ces tiers aux obligations directement nées de ces éléments [...] mais en les forçant reconnaître l'existence des [...] droits [...] dits opposables [...], à les respecter comme des éléments de l'ordre juridique et à en subir les effets, sous réserve de leur opposition lorsque la loi leur en ouvre le droit".

97. Explication de A. Gervais ("Quelques réflexions à propos de la distinction des 'droits' et des 'intérêts'", *op. cit.*, spéc. p. 245), appliquée au droit d'auteur.

98. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, n° 18, p. 128, l'utilisateur, "en dehors même de tout moyen judiciaire, est en situation de se prévaloir d'une règle de droit".

99. A. Gervais, "Quelques réflexions à propos de la distinction des 'droits' et des 'intérêts'", *op. cit.*, spéc. p. 242: c'est "un droit limité à obtenir que les [...] intérêts ne soient pas méconnus"; L. Bochurberg, *Le droit de citation*, Masson, Paris, Milan, Barcelona, 1994, n° 13, p. 12: "le droit de citation ne semble donc être qu'une exception en défense". - Sur les différents sens des mots "avoir un droit": P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, n° 18, pp. 127-135.

100. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, n° 18, spéc. p. 132.

101. CA Paris, 4<sup>th</sup> ch., sect. A, *Mulholland Drive*, 4 avr. 2007, *Com. com. électr.* mai 2007, comm. 68, pp. 34-36, note Ch. Caron; *RLDI* avr. 2007, n° 26, comm. 844, pp. 20-21, obs. L. Costes; *Propri. Intell.* juill. 2007, n° 24, obs. A. Lucas; V.-L. Benabou, "Chronique de France", *RIDA* janv. 2008, n° 215, pp. 155-259,

L. Benabou, "Letter from France", *RIDA* January 2008, no. 215, pp. 154-258, at p. 222 et seq. On 19 June 2008, the Court of Cassation ended the *Mulholland Drive* case by rejecting the appeal: Cass. 1<sup>re</sup> Civ., 19 June 2008, note B. Michaux, *Auteurs & Médias*, 2008/5, p. 381; P. Sirinelli, Case Law Section, *RIDA* July 2008, no. 217, p. 208.

102. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., no. 18, p. 134.

103. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., no. 4, p. 36.

104. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., no. 6, p. 55, no. 18, pp. 130-131.

105. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., no. 9, p. 69, remarks that Jhering's definition of the subjective right is far more suited to the objective right which would thus be a "legally protected interest". See also A. Gervais, "Quelques réflexions à propos de la distinction des 'droits' et des 'intérêts'", op. cit., at p. 246.

106. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., no. 7, pp. 58-60, no. 18, pp. 130-131. It could be tempting to describe the action as the "right to take legal action", in which case there would be a new subjective right. But, as P. Roubier observes, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., no. 18, p. 131: "if there is no subjective right, the grant of a legal action to a person by the law is indeed going to enable that person to demand judicial protection, but that protection is granted to him only to the extent that he enjoys the action; [...] the person has a right [...] only insofar as he has an action". Hence it would be better to say that the "interested party has a legal action" rather than a right to take legal action. Along the same lines, J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 4<sup>th</sup> ed. 2003, at no. 286, p. 332: "it is difficult then to analyse a legal action as an autonomous subjective right and preferable to describe it as a statutory power granted to everyone [...] to apply to a court to obtain respect for their rights or their legitimate interests or redress for their violation". For an overview and criticism of the theories viewing a legal action as a subjective right, consult O. Ionescu, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, Bruylant, Brussels, 2<sup>nd</sup> ed., 1978, no. 37 et seq., p. 79 et seq.

107. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., no. 10, p. 73.

Costes; Propr. Intell. Julio de 2007, n° 24, observaciones de A. Lucas; V.-L. Benabou, "Chronique de France", *RIDA* enero de 2008, n° 215, páginas 154-258, especialmente página 223 y siguientes. El 19 de junio de 2008 la Corte de Casación pondrá punto final al proceso Mulholland Drive, al no admitir el recurso: Casación 1<sup>a</sup> Sala Civil, 19 de junio de 2008, nota de B. Michaux, *Auteurs & Médias*, 2008/5, página 381; P. Sirinelli, *Chronique de jurisprudence*, *RIDA* julio de 2008, n° 217, página 208.

102. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, obra citada, n° 18, página 134.

103. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, obra citada, n° 4, página 36.

104. Para otros ejemplos, P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, obra citada, n° 6, página 55, n° 18, páginas 130-131.

105. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, obra citada, n° 9, página 69, destaca que la definición de Jhering (ver supra n° 497) sobre el derecho subjetivo conviene más y mejor al derecho objetivo que sería entonces un "interés jurídicamente protegido". Ver igualmente A. Gervais, "Quelques réflexions à propos de la distinction des 'droits' et des 'intérêts'", obra citada, especialmente página 246.

106. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, obra citada, n° 7, páginas 58-60, n° 18, páginas 130-131. - Podría ser tentador calificar la acción de "derecho subjetivo para actuar ante la justicia" caso en el cual se estaría en presencia de un nuevo derecho subjetivo. Pero, como lo destaca P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, obra citada, n° 18, página 131: "si no hay derecho subjetivo, concederle, en derecho, a una persona una acción para que actúe ante la justicia le va a permitir evidentemente reclamar la protección judicial, pero esta protección no se le acuerda sino si se beneficia de esa acción; [...] esa persona no tiene un derecho [...] sino en la medida en que tiene una acción". De manera, que es preferible decir que "el interesado dispone de una acción en justicia" antes bien que un derecho para actuar ante la justicia. En el mismo sentido: J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 4<sup>e</sup> edición 2003, especialmente n° 286, página 332: "entonces es difícil analizar la acción en justicia como un derecho subjetivo autónomo y es preferible calificarla como un poder legal reconocido a todas las personas para acudir a la esfera jurisdiccional a fin de obtener el respeto de sus derechos, o de sus intereses legítimos, o la reparación por las violaciones de la que ha sido víctima". Para una exposición y una crítica de las teorías que asumen la acción en justicia como un derecho subjetivo, consultar a O. Ionescu, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, Bruylant, Bruselas, 2<sup>e</sup> edición, 1978, n° 37 y siguientes, páginas 79 y siguientes.

107. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, obra citada, n° 10, página 73.

spéc. p. 223 et s. La Cour de Cassation, le 19 juin 2008, mettra un point final à l'affaire *Mulholland Drive*, en rejetant le pourvoi: Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 juin 2008, note B. Michaux, *Auteurs & Médias*, 2008/5, p. 381;

P. Sirinelli, *Chronique de jurisprudence*, *RIDA* juill. 2008, n° 217, p. 209.

102. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., n° 18, p. 134.

103. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., n° 4, p. 36.

104. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., n° 6, p. 55, n° 18, pp. 130-131.

105. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., n° 9, p. 69, remarque que la définition de Jhering du droit subjectif convient bien mieux au "droit objectif qui serait donc un "intérêt juridiquement protégé". Voir également A. Gervais, "Quelques réflexions à propos de la distinction des "droits" et des "intérêts", op. cit., spéc. p. 246.

106. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., n° 7, pp. 58-60, n° 18, pp. 130-131.

- Il pourrait être tentant de qualifier l'action de "droit d'agir en justice", auquel cas on serait en présence d'un nouveau droit subjectif. Mais, comme le remarque P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., n° 18, p. 131: "s'il n'y a pas de droit subjectif, la concession par le droit d'une action en justice à une personne va bien lui permettre de réclamer la protection judiciaire, mais cette protection ne lui est accordée qu'autant qu'elle bénéficie de cette action; [...] elle n'a un droit [...] que dans la mesure où elle a une action". Ainsi il vaut mieux dire que "l'intéressé a une action en justice", plutôt qu'un droit d'agir en justice. Dans le même sens: J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 4<sup>e</sup> éd. 2003, spéc. n° 286, p. 332: "il est alors difficile d'analyser l'action en justice en une droit subjectif autonome et préférable de la qualifier de pouvoir légal reconnu à toutes les personnes [...] de s'adresser à une juridiction pour obtenir le respect de ses droits ou de ses intérêts légitimes ou la réparation de leur violation". Pour un exposé et une critique des théories appréhendant l'action en justice comme un droit subjectif, consulter O. Ionescu, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, Bruylant, Bruxelles, 2<sup>e</sup> éd., 1978, n° 37 et s., p. 79 et s.

107. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., n° 10, p. 73.



108. Cf. *supra*.

109. My thinking has evolved somewhat since my thesis: see C. Colin, *Vers un 'droit d'utilisation' des œuvres?*, *op. cit.*, no. 839 et seq.

110. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, no. 7, p. 60, and see also no. 7, p. 58 and no. 18 p. 131.

111. The legitimate interest involved here must not be confused with the legitimate interest required by Article 31 of the New Code of Civil Procedure providing that an "action is available to all those who have a legitimate interest in the success or dismissal of a claim". For developments, see J. S. Borghetti, "Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle", in *Liber Amicorum, Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, pp. 145-171, at p. 157. Also S. Carre, "The Temptation of Inadmissibility (concerning the Court of Cassation's Ruling of 19 June 2008)" *RIDA* July 2009, no. 221, pp. 64-212, who accepts moreover the possibility for the user to take legal action against the author or rightholder (notably p. 152).

112. Cf. *supra*.

113. On the categorisation of interests, see J. S. Borghetti, "Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle", *op. cit.*, at p. 159 et seq.

114. Preliminary draft reform of the law of obligations and the law of limitations drawn up by Professor Catala, Report to Mr Clément, Garde des Sceaux, Minister of Justice, 22 Sept. 2005.

115. Indeed, Article 1343 of the "Catala" preliminary draft (*op. cit.*) provides that: "any certain prejudice consisting in harm to an individual or collective, economic or non-economic, lawful interest shall be redressible".

116. Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, *op. cit.*, no. 188, p. 308. To this effect, see G. Viney and P. Jourdain, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, no. 249, p. 15 et seq.

117. Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, *op. cit.*, no. 189, p. 310.

118. Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, *op. cit.*, no. 354, p. 606.

108. Cf. *supra*.

109. *Mi pensamiento ha cambiado un poco desde la defensa de mi Tesis: ver C. Colin, Vers un "droit d'utilisation" des œuvres?*, *op. cit.*, n° 839.

110. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, obra citada, n° 7, página 60. Ver igualmente bajo las mismas referencias n° 7, página 58 y n° 18 página 131.

111. El interés legítimo del cual se trata aquí no debe confundirse con el interés legítimo exigido por el Artículo 31 del Nuevo Código de Procedimiento Civil (NCPC) según el cual "la acción es válida para todos aquellos que tengan un interés legítimo en el éxito o en el rechazo de una pretensión". Para más desarrollos, reportarse a J. S. Borghetti, "Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle", en *Liber Amicorum, Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, páginas 145-171, especialmente página 157. – Adde, S. Carre, "Le vertige de l'irrecevabilité (à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 19 juin 2008)", *RIDA* julio de 2009, n° 221, páginas 64-212, que además admite la posibilidad de que el usuario actúe ante la justicia contra el autor o contra el titular de derechos (nota página 153).

112. Cf. *supra*.

113. Sobre la categorización de intereses, reportarse a J. S. Borghetti, "Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle", obra citada, páginas 159 y siguientes.

114. Ante proyecto de reforma del derecho de las obligaciones y del derecho de la prescripción, preparado por el Profesor Catala, Informe al Señor Clement, Ministro de Justicia, Ministerio de Justicia, 22 de septiembre de 2005.

115. En efecto, el Artículo 1343 del anteproyecto "Catala" (obra citada) dispone que: "Es reparable cualquier perjuicio cierto que consista en la lesión de un interés lícito, patrimonial o extrapatrimonial, individual o colectivo".

116. Th. Léonard, "Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes [...]", obra citada, n° 188, página 308. En ese sentido ver G. Viney y P. Jourdain, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, obra citada, n° 249, página 15 y siguientes.

117. Th. Léonard, "Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes [...]", obra citada, n° 189, página 310.

118. Th. Léonard, "Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes [...]", obra citada, n° 354, página 606.

108. Cf. *supra*.

109. Ma pensée a un peu évolué depuis la soutenance de ma thèse: voir C. Colin, *Vers un "droit d'utilisation" des œuvres?*, *op. cit.*, n° 839 et s.

110. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, n° 7, p. 60. Voir également aux mêmes réf., n° 7, p. 58 et n° 18 p. 131.

111. L'intérêt légitime dont il est question ici ne doit pas être confondu avec l'intérêt légitime exigé par l'article 31 du NCPC selon lequel «l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention». Pour des développements, se reporter à J. S. Borghetti, "Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle", in *Liber Amicorum, Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, pp. 145-171, spéc. p. 157. – Adde, S. Carre, "Le vertige de l'irrecevabilité (à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 19 juin 2008)", *RIDA* juill. 2009, n° 221, pp. 65-213, qui admet d'ailleurs la possibilité pour l'utilisateur d'agir en justice contre l'auteur ou le titulaire de droits (not. p. 153).

112. Cf. *supra*.

113. Sur la catégorisation des intérêts, se reporter à J. S. Borghetti, "Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle", *op. cit.*, spéc. p. 159 et s.

114. Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, élaboré par le Professeur Catala, Rapport à Mr Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la justice, 22 sept. 2005.

115. En effet, l'art. 1343 de l'avant-projet "Catala" (*op. cit.*) dispose que: «Est réparable tout préjudice certain consistant dans la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial, individuel ou collectif».

116. Th. Léonard, "Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes [...]", *op. cit.*, n° 188, p. 308. En ce sens, voir G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 249, p. 15 et s.

117. Th. Léonard, "Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes [...]", *op. cit.*, n° 189, p. 310.

118. Th. Léonard, "Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes [...]", *op. cit.*, n° 354, p. 606.

119. J. S. Borghetti, "Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle", *op. cit.*, at p. 155.

120. J. Dabin and A. Lagasse, "Examen de jurisprudence (1939 à 1948) – La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle (Code civ., art. 1382 et suiv.)", *RCJB* 1949, p. 57, no. 15, cited by Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, *op. cit.*, no. 193, p. 316.

121. Cf. G. Viney and P. Jourdain, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, no. 475, p. 417.

122. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, no. 13, p. 97, who refers himself to R. Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2<sup>nd</sup> ed., Paris, 1951, no. 5 et seq., p. 7 et seq.

123. CA Paris, 4<sup>th</sup> Ch. B, 22 April 2005, *Mulholland Drive*, *Légipresse*, Dec. 2005, no. 227, obs. M. Vivant and G. Vercken, pp. 233-246; *Propr. Intell.* July 2005, no. 16, pp. 340-344, obs. P. Sirinelli and A. Lucas; *RLDI* May 2005, no. 5, Actualités, no. 137, obs. L. Costes; *RDTI*, no. 23, 2005, p. 57 et seq., note S. Dusollier.

124. Also to this effect, TGI Paris, 5<sup>th</sup> Ch., 10 Jan. 2006, *RLDI* 2006, no. 13, comm. 374, obs. L. Costes; *Com. com. électr.* March 2006, comm. 41, note Ch. Caron. Decision overturned however by the Court of Appeal of Paris, 4<sup>th</sup> Ch., 20 June 2007, *RLDI* 2007 no. 29, no. 946, obs. L. Costes; *Com. com. électr.* 2007, comm. 120, note Ch. Caron. Lastly, appeal for annulment rejected by Cass. 1<sup>st</sup> Civ., 27 Nov. 2008, *RLDI* 2009 no. 46, note O. Pignatari.

125. Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, *op. cit.*, no. 356, p. 607.

126. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, no. 15, p. 111.

127. D. Cohen, "Le droit à...", *op. cit.*, at p. 395.

128. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, no. 19, p. 139, no. 20, p. 147. See also by the same author, "Les prérogatives juridiques", *Arch. Phil. du droit*, vol. 5, Paris, Sirey, 1960, pp. 75-131; A. Gervais, "Quelques réflexions à propos de la distinction des 'droits' et des 'intérêts'", *op. cit.*, at p. 244: civil liberty is "the authorisation to do whatever is not forbidden by the law". For more details on civil liberties and

119. J. S. Borghetti, "Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle", obra citada, especialmente página 155.

120. J. Dabin y A. Lagasse, "Examen de jurisprudencia (1939 a 1948) – La responsabilidad delictual y cuasi-delictual (Código Civil, Artículos 1382 y siguientes)", *RCJB* 1949, página 57, no. 15, citado por Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, obra citada, no. 193, página 316.

121. Cf. G. Viney y P. Jourdain, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, obra citada, no. 475, página 417.

122. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, obra citada, no. 13, página 97, quien se refiere (él mismo) a R. Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2<sup>a</sup> edición, París, 1951, no. 5 y siguientes, página 7 y siguientes.

123. CA París, 4<sup>a</sup> Sala Civil, Sección B, 22 de abril de 2005, *Mulholland Drive*, *Légipresse*, diciembre de 2005, no. 227, observaciones de M. Vivant y G. Vercken, páginas 233-246; *Propr. Intell.* julio de 2005, no. 16, páginas 340-344, observaciones de P. Sirinelli y A. Lucas; *RLDI* mayo de 2005, no. 5, Actualités, no. 137, observaciones de L. Costes; *RDTI*, no. 23, 2005, página 57 y siguientes, nota de S. Dusollier.

124. Bajo ese sentido, TGI París, 5<sup>a</sup> Sala, 10 de enero de 2006, *RLDI* 2006, no. 13, comm. 374, observaciones de L. Costes; *Com. com. électr.* Marzo de 2006, comm. 41, nota de Ch. Caron. Decisión, sin embargo, no confirmada por la Corte de Apelación de París, 4<sup>a</sup> Sala, 20 junio 2007, *RLDI* 2007 no. 29, no. 946, observaciones de L. Costes; *Com. com. électr.* 2007, comm. 120, nota de Ch. Caron. En fin, recurso rechazado por la Corte de Casación, 1<sup>a</sup> Sala Civil, 27 de noviembre de 2008, *RLDI* 2009 no. 46, nota de O. Pignatari.

125. Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, obra citada, no. 356, página 607.

126. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, obra citada, no. 15, página 111.

127. D. Cohen, "Le droit à...", obra citada, especialmente página 395.

128. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, obra citada, no. 19, página 139, no. 20, página 147. Ver igualmente del mismo autor, "Les prérogatives juridiques", *Arch. Phil. du droit*, vol. 5, Paris, Sirey, 1960, pp. 75-131; A. Gervais, "Quelques réflexions à propos de la distinction des 'droits' et des 'intérêts'", en *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Tome 1, Dalloz-Sirey, 1961, páginas 240-252, especialmente página 244: la

119. J. S. Borghetti, "Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle", *op. cit.*, spéc. p. 155.

120. J. Dabin et A. Lagasse, "Examen de jurisprudence (1939 à 1948) – La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle (Code civ., art. 1382 et suiv.)", *RCJB* 1949, p. 57, no. 15, cité par Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, *op. cit.*, no. 193, p. 316.

121. Cf. G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, no. 475, p. 417.

122. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, no. 13, p. 97, qui se réfère lui-même à R. Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1951, no. 5 et s., p. 7 et s.

123. CA Paris, 4<sup>e</sup> ch. B, 22 avril 2005, *Mulholland Drive*, *Légipresse*, déc. 2005, no. 227, obs. M. Vivant et G. Vercken, pp. 233-246; *Propr. Intell.* juill. 2005, no. 16, pp. 340-344, obs. P. Sirinelli et A. Lucas; *RLDI* mai 2005, no. 5, Actualités, no. 137, obs. L. Costes; *RDTI*, no. 23, 2005, p. 57 et s., note S. Dusollier.

124. En ce sens également, TGI Paris, 5<sup>e</sup> ch., 10 janv. 2006, *RLDI* 2006, no. 13, comun. 374, obs. L. Costes; *Com. com. électr.* mars 2006, comm. 41, note Ch. Caron. Décision infirmée toutefois par la Cour d'appel de Paris, 4<sup>e</sup> ch., 20 juin 2007, *RLDI* 2007 no. 29, no. 946, obs. L. Costes; *Com. com. électr.* 2007, comm. 120, note Ch. Caron. Enfin, pourvoi rejeté par Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 nov. 2008, *RLDI* 2009 no. 46, note O. Pignatari.

125. Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, *op. cit.*, no. 356, p. 607.

126. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, no. 15, p. 111.

127. D. Cohen, "Le droit à...", *op. cit.*, spéc. p. 395.

128. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, no. 19, p. 139, no. 20, p. 147. Voir également du même auteur, "Les prérogatives juridiques", *Arch. Phil. du droit*, vol. 5, Paris, Sirey, 1960, pp. 75-131; A. Gervais, "Quelques réflexions à propos de la distinction des 'droits' et des 'intérêts'", *op. cit.*, spéc. p. 244: la liberté civile est "l'autorisation de faire tout ce qui n'est pas défendu par le Droit". – Pour davantage de détails sur les libertés, voir P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, no. 20,



freedoms, see P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., no. 20, pp. 145-159; Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, op. cit., no. 62 et seq., p. 107 et seq.

129. This is what happens, moreover, when the author or rightholder is in conflict with a user who relies on competition law or human rights: for developments, see C. Colin, *Vers un 'droit d'utilisation' des œuvres?*, op. cit., no. 906 et seq.

130. Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, op. cit., notably no. 367 et seq., p. 622 et seq.

131. J. Ghestin and G. Goubeaux, with the contribution of M. Fabre-Magnan, *Introduction générale, Traité de droit civil*, op. cit., no. 781, p. 765; A. Gervais, "Quelques réflexions à propos de la distinction des 'droits' et des 'intérêts'", op. cit., at p. 243: "the holder of an interest raised to the status of a subjective right obtains, by that very fact, a title justifying, at the legal level, the activity that the holder will deploy to satisfy his interest". Likewise to this effect, M. Planiol and G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, LGDJ, 1930, vol. VI, Les obligations, par P. Esmein, no. 573, p. 784: "all acts performed in the exercise of a right are lawful".

132. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, op. cit., see "abus de droit"; *Dictionnaire de la culture juridique*, edited by D. Alland and St. Rials, Quadrigue/Lamy-PUF, 2003, see "abus de droit". Also consult X. Près, *Les sources complémentaires du droit d'auteur français, Le juge, l'Administration, les usages et le droit d'auteur*, PUAM, 2004, no. 51, p. 76, and no. 137, p. 153, who defines it as a "general principle of law".

133. Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, op. cit., no. 380, pp. 648-649. For developments, see no. 358, pp. 610-612.

134. The conclusion is also true even though it is less peremptory if the user has only an "interest" to assert, because the legitimacy in principle that the interest enjoys is necessarily not as strong as in the case of a freedom: Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, op. cit., no. 374, p. 635.

135. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., at no. 18, p. 127

*libertad civil es la autorización de hacer todo lo que no esté prohibido por el derecho.* - Para mayores detalles sobre las libertades, ver P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, obra citada, n° 20, páginas 145-159; Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, obra citada, n° 62 y siguientes, página 107 y siguientes.

129. Es, además, lo que sucede cuando el autor o el titular de derechos entra en conflicto con el usuario que se basa en el derecho de la competencia o en el de derechos humanos: para mayores desarrollos, ver C. Colin, *Vers un 'droit d'utilisation' des œuvres?*, obra citada, n° 906 y siguientes.

130. Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, obra citada, nota n° 367 y siguientes, página 622 y siguientes.

131. J. Ghestin et G. Goubeaux, con el concurso de M. Fabre-Magnan, *Introduction générale, Traité de droit civil*, obra citada, n° 781, página 765; A. Gervais, "Quelques réflexions à propos de la distinction des 'droits' et des 'intérêts'", obra citada, especialmente página 243: "el portador de un interés erigido en derecho subjetivo encuentra en el hecho mismo de haber erigido su interés en derecho, un título que a nivel jurídico justifica la actividad que desarrollará".

132. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, obra citada, ver "abus de droit"; *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland y St. Rials, Quadrigue/Lamy-PUF, 2003, ver "abus de droit". Consultar igualmente X. Près, *Les sources complémentaires du droit d'auteur français, Le juge, l'Administration, les usages et le droit d'auteur*, PUAM, 2004, n° 51, página 76, y n° 137, página 153 que lo define como un "principio general de derecho".

133. Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, op. cit., n° 380, páginas 648-649. Para más desarrollos, ver n° 358, páginas 610-612.

134. La conclusión es igualmente verdadera, incluso si es menos perentoria, si el usuario no tenía más que un "interés" en hacer valer, ya que la legitimidad de principio de la cual se beneficia es necesariamente menos fuerte que en el caso de una libertad: Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, obra citada, n° 374, página 635.

135. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, obra citada, especialmente n° 18, página 127.

pp. 145-159; Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, op. cit., n° 62 et s., p. 107 et s.

129. C'est d'ailleurs ce qui se passe lorsque l'auteur ou le titulaire de droits est en conflit avec un utilisateur qui se fonde sur le droit de la concurrence ou les droits de l'homme: pour des développements, voir C. Colin, *Vers un 'droit d'utilisation' des œuvres?*, op. cit., n° 906 et s.

130. Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, op. cit., not. n° 367 et s., p. 622 et s.

131. J. Ghestin et G. Goubeaux, avec le concours de M. Fabre-Magnan, *Introduction générale, Traité de droit civil*, op. cit., n° 781, p. 765; A. Gervais, "Quelques réflexions à propos de la distinction des 'droits' et des 'intérêts'", op. cit., spéc. p. 243: "le porteur d'un intérêt érigé en droit subjectif trouve dans le fait même de cette érection de son intérêt en droit, un titre justifiant sur le plan juridique l'activité qu'il déploiera en vue de la satisfaction de son intérêt". En ce sens également M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, LGDJ, 1930, t. VI, Les obligations, par P. Esmein, n° 573, p. 784: "tout acte est licite qui est accompli dans l'exercice d'un droit".

132. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, op. cit., v. "abus de droit"; *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et St. Rials, Quadrigue/Lamy-PUF, 2003, v. "abus de droit". Consulter également X. Près, *Les sources complémentaires du droit d'auteur français, Le juge, l'Administration, les usages et le droit d'auteur*, PUAM, 2004, n° 51, p. 76, et n° 137, p. 153 qui le définit comme un "principe général du droit".

133. Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, op. cit., n° 380, pp. 648-649. Pour des développements, voir n° 358, pp. 610-612.

134. La conclusion est également vraie même si elle est moins péremptoire si l'utilisateur n'avait qu'un "intérêt" à faire valoir, puisque la légitimité de principe dont il bénéficie est nécessairement moins forte que dans le cas d'une liberté: Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes (...)*, op. cit., n° 374, p. 635.

135. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., spéc. n° 18, p. 127.

136. This is also true in the opposite case: the violation of a possibility – for example, exceeding the conditions of an exception in Article L. 122-5 – entitles the bearer of the duty (in this case the author) to bring an action against the user. The only difference is that the author's action will be based on his subjective right.

136. *Lo que es igualmente verdadero en otro sentido: la infracción a una facultad -por ejemplo el hecho de exralimitar las condiciones de una de las excepciones del Artículo L. 122-5- permite al deudor del deber, en este caso al autor, desencadenar una acción contra el usuario. La única diferencia es que el autor se basará en su derecho subjetivo para ejercer ese recurso.*

136. Ce qui est vrai également dans l'autre sens: l'infraction à une faculté – par exemple le fait d'outrepasser les conditions d'une exception de l'article L. 122-5 – permet au débiteur du devoir, en l'occurrence l'auteur, d'engager une action contre l'utilisateur. La seule différence est que l'auteur se fondera sur son droit subjectif pour exercer ce recours.